



Leonardo Valverde Susart dos Santos

GESTÃO MATERIAL DO PROCESSO DO TRABALHO

Ciências Jurídico-Empresariais / Menção em Direito Laboral

Julho/2015



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

LEONARDO VALVERDE SUSART DOS SANTOS

GESTÃO MATERIAL DO PROCESSO DO TRABALHO

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Empresariais / Menção em Direito Laboral.

Orientador: Doutor Luís Miguel de Andrade Mesquita

Coimbra
2015

AGRADECIMENTOS

Agradecimentos constituem, forçosamente, uma espécie de clichê para aqueles que o leem, mas nunca para quem os escreve, já que o permitem extravasar sentimentos próprios do momento vivido. Por tal razão, não hesitarei em demonstrar a “óbvia” gratidão às pessoas com quem pude contar nessa caminhada.

Só posso iniciar agradecendo a Deus, meu norte, meu amparo e minha inspiração (enfim, meu tudo!), pelo dom concedido e pela força para nunca desistir.

Agradeço, também, à Universidade de Coimbra, na pessoa do Doutor Miguel Mesquita, não apenas pelas estimulantes sessões semanais no primeiro ano e pela dedicada e serena orientação no segundo, mas pelo constante apoio em todo o curso, sempre com palavras elogiosas e de confiança que decerto aprimoraram a qualidade desta dissertação.

Aos demais mestres – Pinto Bronze, João Reis, Leal Amado e Milena Rouxinol –, agradeço pela exigente avaliação a que me submeteram, e pelas críticas, invariavelmente construtivas, na busca do incremento da minha formação como investigador do Direito.

À SDUC e colegas do debate competitivo universitário, muito obrigado pela melhoria no meu raciocínio crítico e na construção lógica dos argumentos. As suas dicas foram valiosíssimas e levei-as comigo em toda a escrita desta tese.

Agradeço também à Alessandra, que além do amor sempre demonstrado, ajudou muito com a leitura da tese e com a sua paciência para ouvir várias sessões de explicação sobre o tema, contribuindo na medida da sua capacidade sempre acima da expectativa.

A todos os amigos e ex-docentes, obrigadíssimo pela presença constante, pelas ajudas nas ideias e pela inspiração para seguir o caminho acadêmico, apesar de todos os percalços; e a Biltis, em especial, pelos socorros de última hora com as formatações de todos os meus textos científicos.

A Humberto e Ludgero, que mais do que sócios, se confirmaram verdadeiros amigos, pela compreensão, incentivo e valorização das minhas competências.

Por fim, agradeço muito, e por toda a vida, à minha família. Pai, Mãe, Kiko, não chegaria a lugar nenhum se vocês não estivessem a todo instante do meu lado, apoiando, sonhando comigo e até mesmo me alertando para as responsabilidades que assumi. Sou eternamente grato a vocês, e espero ser capaz de retribuir tudo isso à altura.

SANTOS, Leonardo Valverde Susart dos. **Gestão Material do Processo do Trabalho**. 129 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015.

RESUMO

O presente estudo versa sobre a gestão material do processo do trabalho. Entende-se que o processo visa fundamentalmente à realização da justiça material no caso concreto, de modo que a sua efetividade e utilidade relacionam-se intrinsecamente com o alcance de tal finalidade. Nesse diapasão, considerando que, na seara jurídico-laboral, a ideia de justiça tem ligação com a índole protetiva da disciplina e, consequentemente, com a atenuação das flagrantes desigualdades verificadas no plano dos fatos, não há dúvidas de que o juiz deve ser munido de instrumentos que lhe possibilitem cumprir tal desiderato. Por conta disso, legitima-se uma atenuação da eficácia do princípio dispositivo e do regime preclusivo relacionado ao aporte de fatos e dedução de pretensões, que se manifesta pela interferência do magistrado no pedido e na causa de pedir dirigida à consecução dos fins do processo.

Palavras-chave: Gestão Cooperativa do Processo do Trabalho. Gestão Material. Pedido e Causa de Pedir. Efetividade e Utilidade do Processo. Proteção ao Trabalhador.

ABSTRACT

This study deals with material management of labor procedural law. It is understood that the process is mainly aimed at the realization of material justice in concrete cases, so that its effectiveness and utility are intrinsically related to the achievement of such purpose. In this vein, considering that, in labor law field, the idea of justice is connected to the protective nature of the discipline and, consequently, the attenuation of clear inequalities observed in the level of the facts, there is no doubt that the judge should be provided instruments that enable him to fulfill this aim. As a result, it is legitimized an attenuation of the effectiveness of the adversarial principle and of the preclusive regime related to the allegation of facts and deduction of claims, which is manifested by the interference of the judge in the request and in the cause of action directed to achieving the purposes of the process.

Keywords: Labor Procedural Law Cooperative Management. Material Management. Request and Cause of Action. Effectiveness and Utility of Process. Protection of the Worker.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

- § – Parágrafo
- Ac. – Acórdão
- ACP – Ação Civil Pública
- ACT – Autoridade para as Condições do Trabalho
- Al. – Alínea
- Art. – Artigo
- BGH - *Bundesgerichtshof*
- CC/BR – Código Civil Brasileiro
- CC/PT – Código Civil Português
- CDC/BR – Código de Defesa do Consumidor Brasileiro
- CF – Constituição Federal da República Federativa do Brasil
- Cfr. – Confira-se
- CLT – Consolidação das Leis do Trabalho
- CPC/BR – Código de Processo Civil Brasileiro
- CPC/FR – *Code de Procedure Civile* Francês
- CPC/IT – *Codice de Procedura Civile* Italiano
- CPC/PT – Código de Processo Civil Português
- CPR – *Civil Procedural Rules*
- CPT – Código de Processo do Trabalho
- CT – Código do Trabalho
- Des. – Desembargador
- DL – Decreto-Lei
- DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos
- EUA – Estados Unidos da América
- FGTS – Fundo de Garantia por Tempo de Serviço
- FRCP – *Federal Rules of Civil Procedure*
- Ibid. – Ibidem

Id. – Idem

Inc. – Inciso

LEC – *Ley de Enjuiciamiento Civil* Espanhola

LPL – *Ley de Procedimiento Laboral* Espanhola

Min. – Ministro

MP – Ministério Público

OIT – Organização Internacional do Trabalho

P. – Página

Rel. – Relator

RPE – Regime Processual Civil Experimental

RT – Reclamação Trabalhista

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ/BR – Superior Tribunal de Justiça

STJ/PT – Supremo Tribunal de Justiça

TC/ES – Tribunal Constitucional Espanhol

TC/PT – Tribunal Constitucional Português

TR – Tribunal da Relação

TRT2 – Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região

TRT5 – Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região

TRT6 – Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região

TS – Tribunal Supremo Espanhol

TST – Tribunal Superior do Trabalho

VT/SSA – Vara do Trabalho de Salvador / Brasil

ZPO/AL – *Zivilprozessordnung* Alemã

ZPO/AU – *Zivilprozessordnung* Austríaca

ÍNDICE

1	INTRODUÇÃO: PROCESSO E COMPOSIÇÃO MATERIALMENTE JUSTA DO LITÍGIO.....	8
2	PRINCÍPIO DISPOSITIVO E APROPRIAÇÃO DO PROCESSO PELAS PARTES.....	14
2.1	CONFIGURAÇÃO CLÁSSICA E DESDOBRAMENTOS	15
2.2	O MODELO DISPOSITIVO EXTREMO DO SÉCULO XIX.....	20
2.3	INSUFICIÊNCIA PARA A EXPLICAÇÃO DO FENÔMENO PROCESSUAL.....	25
2.4	ALGUMAS MITIGAÇÕES DO PRINCÍPIO	30
3	PRINCÍPIO INQUISITIVO E PROTAGONISMO DO JUIZ.....	37
3.1	PROFUSÃO DE PODERES-DEVERES: CODIFICAÇÕES AUTORITÁRIAS?.....	38
3.2	OS PODERES-DEVERES INQUISITÓRIOS DO JUIZ.....	48
3.3	GARANTISMO PROCESSUAL: RESPOSTA INADEQUADA AO PROBLEMA.....	53
4	UMA TERCEIRA VIA: A GESTÃO COOPERATIVA DO PROCESSO CIVIL	60
4.1	FORMATAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO	62
4.2	OS PODERES-DEVERES DE GESTÃO DO PROCEDIMENTO	68
4.3	POSSIBILIDADES E LIMITES DA GESTÃO MATERIAL	76
4.3.1	Gestão do Pedido	78
4.3.2	Gestão da Causa de Pedir	83
5	A GESTÃO DO PROCESSO LABORAL	86
5.1	A ÍNDOLE PROTETIVA DO DIREITO DO TRABALHO	86
5.2	A ILUSÃO DA IGUALDADE DE ARMAS NO PROCESSO DO TRABALHO E A EXTENSÃO DA PROTEÇÃO A ESSE DOMÍNIO.....	97
5.3	OS PODERES-DEVERES DE GESTÃO PROCESSO DO TRABALHO	101
5.3.1	Transposição dos Instrumentos Conferidos ao Juiz no Processo Civil	101
5.3.2	Instrumentos de Direção Material Específicos do Juiz do Trabalho	105
5.3.2.1	<i>A (Im)possibilidade de Julgamento Extra ou Ultra Petita.....</i>	106
5.3.2.2	<i>O Aproveitamento de Fatos não Alegados e sem Pedido Correspondente.....</i>	109
5.3.2.3	<i>Principais Limites à Gestão no Processo do Trabalho.....</i>	112
5.3.2.3.1	<i>A Necessária Oportunização do Contraditório.....</i>	112
5.3.2.3.2	<i>Manutenção do Poder de Disponibilidade sobre o Objeto da Demanda.....</i>	114
5.3.2.3.3	<i>Aspectos Temporais</i>	114
6	CONCLUSÃO	117
	REFERÊNCIAS.....	120

1 INTRODUÇÃO: PROCESSO E COMPOSIÇÃO MATERIALMENTE JUSTA DO LITÍGIO

O presente trabalho, como se depreende do seu título, promoverá uma análise sobre os instrumentos de gestão material do processo do trabalho que podem ser utilizados por parte do juiz, bem como os seus respectivos limites, à luz da principiologia desse campo jurídico. Para tanto, serão percorridas matérias que, mesmo não correspondendo diretamente ao cerne do problema, decerto auxiliarão o alcance das conclusões finais.

É fundamental, de início, revisitar a doutrina relativa aos poderes(-deveres?) de direção do processo pelo juiz – tanto os de ordem meramente formal quanto os (ainda) pouco estudados de cunho material, dirigidos à interferência no objeto da demanda – como instrumentos de realização do Direito Processual Civil em sua finalidade precípua. Nesse contexto, o estudo das principais propostas de desenvolvimento do processo prevaletentes nos últimos séculos, fundadas em suma nos princípios dispositivo e inquisitivo, será empreendido para a esmerada compreensão do modelo de gestão cooperativa, hoje já adotado por diversos ordenamentos jurídicos. Segundo este sistema, que propõe uma participação ativa do juiz na condução do processo, ele e as partes devem se comportar em colaboração mútua com vistas ao proferimento da decisão mais acertada para compor o quadro de litígio instaurado, sem a assunção de protagonismos.

Importa, após o estabelecimento das linhas gerais do modelo processual, conhecer os fundamentos do ramo jurídico específico que é o Direito do Trabalho, sobretudo no que concerne à assimetria inerente às relações por ele reguladas, a qual decorre da subordinação jurídica do operário à pessoa física ou coletiva que o emprega, e impõe a adoção de medidas protetivas, em favor daquele, destinadas à minimização – porquanto a completa supressão não passa de uma utopia – da desigualdade entre as partes. Na mesma linha, será delineada a medida do traslado desse ideário protetivo ao universo processual, até que se atinja, finalmente, o cerne da pesquisa, em que serão abordados os possíveis instrumentos de gestão material do processo pelo magistrado trabalhista, as consequências que da sua instituição advêm e, também, os limites que se lhe impõem para a manutenção da unidade do sistema jurídico.

Antes, porém, de iniciar o percurso proposto por esta pesquisa, não se pode prescindir de um esclarecimento a respeito do que se entende por escopo do processo,

porquanto os problemas a serem analisados gravitam predominantemente em torno da legitimidade dos meios disponibilizados ao juiz para atingir um específico fim¹.

Poderia perguntar um leitor desavisado: qual a *finalidade* de saber a *finalidade* do processo? Explica-se: tal delimitação revela, ainda que de modo sumário, o que se entende sobre a própria essência da disciplina objeto do presente estudo².

Ao cogitar-se a existência de um propósito específico do processo, é reconhecida, de logo, a sua natureza instrumental, porquanto se trata de figura jurídica sem justificação em si mesma, mas com base nos objetivos que visa alcançar. Constitui, pois, o processo um meio para alcançar determinado objetivo, cumprindo questionar, de início, qual seria este para, posteriormente, definir o caminho mais adequado à sua consecução.

Não é recente, nem controvertida, a intuitiva ideia segundo a qual se busca, com o processo, a realização de justiça. Com o passar dos anos, entretanto, o entendimento foi aprimorado com algumas qualificações, de modo que atualmente se considera perseguida a realização da *justiça material no caso concreto*.

No que diz respeito à sua materialidade, nota-se que o pensamento jurídico já não se satisfaz com a justiça *meramente* formal, restando amplamente superadas as correntes teóricas que preconizavam a aplicação da lógica apofântica no processo de realização do direito. Hodiernamente, não restam dúvidas de que o direito é informado por critérios outros além das regras positivadas, prevalecendo uma racionalidade dirigida à efetiva resolução do problema trazido ao conhecimento do órgão julgador. Destarte, diz-se que é fim do processo a efetivação da *justiça material*, eis que por seu intermédio é possível, indubitavelmente, lograr êxito na realização do direito enquanto normatividade vigente extraída a partir da análise da situação de fato apresentada pelas partes.

Outrossim, é de especial interesse realçar que o processo tem por objetivo a realização da justiça material *em um caso concreto específico*. Com isso, quer dizer-se não apenas (i) que não compete ao julgador a criação ou a definição em abstrato do conteúdo da norma jurídica, mas somente a expedição de comandos decisórios dirigidos ao problema que se ponha para sua apreciação; como, ainda, (ii) que o problema concreto é a razão de

¹ A referência genérica ao processo, sem a individualização dos seus vários ramos (civil, laboral, penal, administrativo, etc.) se dá porque, a despeito das diferentes significações que podem ser atribuídas à formulação do seu fim, este será sempre o mesmo.

² EDUARDO COUTURE ensina que “toda a ideia de processo é, na medida em que se dirige para um fim, essencialmente teleológica” (COUTURE, Eduardo Juan. *Introdução ao estudo do processo civil*. Lisboa: Jornal do Fôro, 1952, trad. por F. de Abranches Ferrão, p. 40).

ser e o ponto fulcral do processo³, eis que a situação de litígio pendente coloca em risco, em última instância, a paz, a segurança social e a justiça, de modo tal que não deve o magistrado se descuidar de uma sua apurada análise, lançando mão de todos os recursos que lhe forem disponibilizados para tanto.

Note-se, porém, que não obstante a relevância e a condição primacial do caso concreto para a definição da consequência determinada pelo magistrado, não se pode olvidar a existência de uma validade axiológico-normativa pressuposta no sistema jurídico⁴, ao qual ele deve obediência e no qual encontrará a fundamentação necessária à resolução do litígio. Isso porque nesse sistema é que se situam os pressupostos de que lançará mão para emitir o juízo decisório conforme o sentido de direito vigente.

Há, pois, um entretecimento recíproco entre as exigências normativas pressupostas no sistema jurídico e a materialidade emanada do problema concreto, instalando-se entre os dois um diálogo a partir da identificação dos elementos fáticos que impõem a mobilização de determinados pressupostos normativos, os quais, de seu lado, serão interpretados para o fim de extrair a normatividade especificamente adequada ao caso, *de modo a realizar, no caso concreto, a justiça material*⁵.

A justiça material no caso concreto realiza-se, assim, no exercício da atividade jurisdicional, mediante um “*trazer-à-correspondência*” o problema jurídico interpelante e

³ Em verdade, o pensamento jurídico esteve quase sempre inspirado por uma racionalidade prática, pela qual se parte das controvérsias concretamente verificadas (os *problemas*) para então se proceder a um estudo das exigências do sistema jurídico – aliás, a própria natureza do direito, de experiência normativa reguladora de condutas individuais e sociais, ratifica essa inclinação (BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 3ª ed., 2010. Trad. por: Denise Agostinetti, p. 15-17). Assim ocorreu, por exemplo, no Direito Romano e na escolástica medieval, donde se extrai que a valorização por que passou a racionalidade prática no âmbito do pensamento jurídico nas décadas subseqüentes à II Guerra Mundial não constitui uma novidade, mas um resgate da inspiração que vem da Idade Antiga, em consolidação das bases lançadas por escolas como Jurisprudencialismo, Jurisprudência dos Valores, Jurisprudência dos Interesses, Livre Investigação Científica do Direito e Movimento do Direito Livre.

⁴ A noção de sistema jurídico ora assumida não se confunde com a do ideário positivista clássico, que o compreendia como um conjunto fechado de normas, sem lacunas e, em função disso, hábil à regulação de todas as querelas havidas no seio social. Adota-se, aqui, a ideia de sistema aberto, cujas exigências, a despeito de *constitutivas* da normatividade jurídica, são também suas *constituendas*, na medida em que o seu sentido específico apenas pode ser extraído no julgamento dos problemas concretos. Diz-se, com PINTO BRONZE, que o pensamento inspirador desse sistema deve ser axiológico-normativo nos fundamentos – isto é, pressupor uma validade material imanente a todo o seu conteúdo –, prático-normativo na sua intencionalidade – isto é, dirigir-se à solução de problemas concretos verificados no corpo social – e judicativo-decisório no modo metodológico – isto é, realizar-se apenas com a mediação do julgador que promoverá o diálogo entre o sistema e o caso posto para sua apreciação (BRONZE, Fernando José Couto Pinto. *Lições de Introdução ao Direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 2ª ed. (reimpressão), 2010, p. 614).

⁵ “A dialética entre sistema e problema numa intenção judicativa de realização normativa é, pois, a racionalidade jurídica a considerar” (NEVES, António Castanheira. *Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 78-79).

a normatividade jurídica interpelada, promovendo-se entre eles uma concertação dialética⁶. Repise-se, no entanto, que não há uma *verdade jurídica* erguida no curso do procedimento a partir do diálogo entre os seus participantes, mas uma validade pressuposta no sistema – ao qual se encontra ineliminavelmente vinculado o juiz – cujo sentido será delineado pelas instâncias do pensamento jurídico, em especial a doutrina e a jurisprudência, sempre em atenção às especificidades dos problemas concretamente verificados⁷.

Entende-se, destarte, por realização de justiça material no caso concreto o proferimento da *melhor* decisão possível de acordo com as exigências do sistema jurídico⁸. Para tanto, deverá ser considerada a moralidade comunitária, a saber, aquela plasmada nos objetivos estabelecidos pelo texto constitucional⁹, afastando-se o magistrado, tanto quanto possível, de valores, convicções e preferências pessoais no ato de mediação judicativa.

Assim, o juiz procederá a uma análise substantiva dos fatos que lhe foram expostos, cotejando os elementos ali colacionados com aqueles do sistema jurídico para, então, alcançar um resultado “*materialmente justo e eficiente*” dentro do processo, realizando concretamente a justiça^{10 - 11}. E é inequívoco, nesse contexto, que a ideia de justiça que se pretende realizar tem íntima relação com a *utilidade* e a *efetividade* do processo¹².

⁶ BRONZE, Fernando José Couto Pinto. *Analogias*. Coimbra: Coimbra Editora, 1ª ed., 2012, p. 308.

⁷ BRONZE, 2012, p. 302.

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 7ª ed., 2013, p. 123-124.

⁹ Nesse sentido, STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 3ª ed., 2012, p. 88; e OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, n.º 27, 2003, p. 22.

¹⁰ Não é à toa que os Novos CPC/BR e CPC/PT, ambos no art. 6º, destacam, respectivamente, como fim do processo, a *obtenção de decisão de mérito justa e efetiva* e a *justa composição do litígio em prazo razoável*.

¹¹ A busca pela justiça material no caso concreto é também indicada como objetivo do processo por MIGUEL MESQUITA, que deixa patente a necessidade de promovê-la (MESQUITA, Luís Miguel Andrade. A flexibilização do princípio do pedido à luz do moderno processo Civil: Anotação ao Acórdão da Relação do Porto de 8/07/2010. In *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 143, n.º 3983, novembro-dezembro/2013, p. 145 e 146). LEBRE DE FREITAS, mesmo reconhecendo a importância dessa corrente, considera que o processo tem por objetivo a “tutela dos direitos e interesses legalmente protegidos”, o que é pressuposto da função de composição dos litígios (FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil: Conceito e princípios gerais à luz do novo Código*. Coimbra: Coimbra Editora, 3ª ed., 2013a, p. 44 e 47).

¹² PESSOA VAZ, conquanto se ampare em uma visão menos elástica sobre o sistema jurídico, sustenta que se as leis traduzem uma promessa de proteção jurídica, a função jurisdicional serve para efetivar tal proteção, de modo a “tornar praticamente eficiente a tutela conferida pelo direito objectivo ao interesse prevalecente” (VAZ, Alexandre Mário Pessoa. *Atendibilidade de factos não alegados (Estudo de jurisprudência crítica)*. Coimbra: Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. XIX – XXI, 1946, p. 65-66). Assim, na visão do autor, ao efetivar a proteção do direito objetivo, realiza-se a paz, a justiça e a segurança social (Id., p. 64).

Ademais, já não prevalece o entendimento de que a justiça material corresponde à mera satisfação da vontade dos litigantes quanto ao controle da legalidade procedimental e à qualidade da decisão proferida pelo órgão julgador¹³, já que, independentemente da natureza do direito litigioso, o Estado, ao avocar para si a competência para solucionar judicialmente a controvérsia, revela um nítido interesse na forma como será processada e julgada a questão e, ainda, na compatibilidade do seu conteúdo com a ordem jurídica substancial. Conclui-se, pois, com HABSCHEID, que embora o processo sirva à garantia dos direitos dos cidadãos – seus destinatários últimos –, tal finalidade não se esgota na própria vontade destes, mas na manutenção da integridade da ordem jurídica¹⁴⁻¹⁵.

Observa-se, destarte, que para o atingimento do fim a que se propõe o processo, não se pode tolerar a postura inerte, passiva e desinteressada do juiz quanto ao conteúdo da decisão¹⁶⁻¹⁷; por outro lado, é também de se afastar a concessão de poderes absolutos a ele,

¹³ Como se extrai de MENDES, João de Castro. *Direito Processual Civil*. Lisboa: Associação Acadêmica, vol. I, 1980a, p. 109 e 112-113.

¹⁴ HABSCHEID, Walter J. A Função Social do Processo Civil Moderno e o Papel do Juiz e das Partes na Direcção e Instrução do Processo (Direitos Alemão e Suíço). In *Scientia Iuridica*, tomo XLI, n.º 235-237, janeiro-junho/1992, p. 123. Com efeito, o processo é um método de debate no qual nem sempre vencerá o melhor, mas aquele que postule em conformidade com as prescrições da ordem jurídica (COUTURE, p. 39).

¹⁵ Segundo ROBERTO DEL CLARO, se o fim do processo fosse apenas “a declaração e a efetivação de direitos subjetivos”, não haveria espaço para a intervenção ativa do juiz. Assim, embora o fim primeiro e imediato do processo seja a proteção dos interesses das partes que estas buscam, por esse meio, satisfazer, não há como negar que mediatemente visa-se à pacificação social e à proteção do direito objetivo consolidado no sistema jurídico (DEL CLARO, Roberto. *Direção Material do Processo*. Tese de Doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009, p. 165-168 e 213-216).

¹⁶ BARBOSA MOREIRA defende que os poderes do juiz, n’alguma medida, devem ser ampliados para o alcance do principal objetivo do processo: um resultado justo para os litigantes (MOREIRA, José Carlos Barbosa. O neoprivatismo no processo civil. In *Cadernos de Direito Privado*, n.º 10, abril-junho/2005, p. 3). No mesmo sentido, afirma-se que “sem apagar a vertente de autoridade (e não autoritária!) do processo, [...] o juiz deve adoptar uma posição activa na busca da melhor solução de direito para a controvérsia que lhe é apresentada no processo” (JORGE, Nuno de Lemos. Os poderes instrutórios do juiz: alguns problemas. In *Julgar*, n.º 3, Setembro-dezembro/2007, p. 82).

¹⁷ Para elucidar a questão, vejam-se dois casos em que foram adotadas posturas diametralmente opostas pelos julgadores (referidos, respectivamente, em MESQUITA, 2013, p. 129-134 e p. 142). Na primeira situação, julgada pelo TR do Porto (Ac. de 8/7/2010, Rel. Des. Teles de Menezes), o proprietário de um prédio dominante requereu a retirada de um portão instalado pelo proprietário do prédio serviente, que lhe impedia o acesso ao seu imóvel, tendo se decidido que, embora sem ter sido postulada tal providência, era bastante à finalidade pretendida que este entregasse àquele as chaves do portão, com o que também não seria excessivamente gravado o exercício do direito de propriedade pelo dono do prédio serviente. Na segunda situação, julgada pelo TR de Coimbra (Ac. de 15/2/2000, Rel. Des. Ferreira de Barros), os moradores da vizinhança onde estava instalada uma fábrica, incomodados com o excessivo ruído que dela provinha, requereram o seu encerramento. Os julgadores, afirmando que a medida era desproporcional ao fim desejado, confirmaram a sentença que julgou improcedente o pedido, esclarecendo, porém, que poderiam ter decidido de modo diverso caso tivessem os autores pleiteado a adoção de providências menos danosas à atividade econômica da empresa. Sem adentrar, *por ora*, a discussão que os casos decerto suscitam sobre a incidência do princípio dispositivo, é de se questionar: qual dos dois grupos de magistrados esteve mais preocupado com a realização da justiça material para o caso concreto que lhe fora posto para apreciação? Certamente que

impondo-se o reconhecimento de meios de controle¹⁸ eficazes para evitar o fenômeno do solipsismo judicial¹⁹.

Todas as notas introdutórias acima expendidas servem – ainda que, no momento, apenas superficialmente – à compreensão dos dois principais problemas que circundam o presente estudo, a saber: *o que se entende, no âmbito do Direito Processual do Trabalho, por justiça material no caso concreto? E quais instrumentos encontram-se franqueados ao julgador para o alcance de tal finalidade, sem prejuízo da integridade do sistema jurídico onde o mesmo se insere?*

São essas as questões que, à custa de intenso estudo, especialmente sobre as pressuposições normativas a elas relacionadas, se buscará esclarecer com esta dissertação, conferindo ao leitor a capacidade de transitar autonomamente pelos assuntos abordados, sem que se deixe, por óbvio, de prestar a necessária contribuição científica à elucidação da matéria.

o primeiro, que compôs eficazmente o litígio, ao passo que no segundo caso será necessário o ajuizamento de outra ação para adequar o pedido formulado.

¹⁸ Ao lado do direito positivo, coloca-se o pensamento jurídico como principal instância de controle do mérito da atividade judicativo-decisória. Nas palavras de PINTO BRONZE, é por intermédio dele, “tomado como instância de controlo típico, i. é, como auditório argumentativo”, que “se intersubjetiviza adequadamente a ineliminável subjectividade do decidente” (BRONZE, 2012, p. 114).

¹⁹ A definição de juiz solipsista encontra-se em STRECK, p. 55. Trata-se da figura “que não se compreende como participante de uma comunidade política, mas se pretende o comandante dos sentidos, como aquele que coloca a ordem no mundo segundo sua ilimitada vontade [...]”.

2 PRINCÍPIO DISPOSITIVO E APROPRIAÇÃO DO PROCESSO PELAS PARTES

Na introdução a este trabalho, estabeleceu-se como fim do processo a realização da justiça material no caso concreto, a ser alcançada mediante uma concertação dialética entre fato e norma, com o proferimento da melhor decisão para resolver a lide. Trata-se, contudo, de metodologia de realização judicativo-decisória do direito substancial.

Nos próximos capítulos, buscar-se-á esclarecer de que forma o Direito Processual Civil pode se realizar como instrumento de efetivação concreta da justiça material. Para tanto, analisar-se-á a participação dos atores processuais, seus limites e medidas, bem como a divisão entre eles das incumbências necessárias à justa composição do litígio.

É certo que, historicamente, houve oscilações entre a concessão de poderes ao juiz e o protagonismo das partes na condução do processo – ou, nas palavras de DIDIER JR., alternâncias entre traços de inquisitividade ou dispositividade²⁰. Tais manifestações, por vezes, foram mais intensas, alcançando graus de absoluto predomínio sobre o polo oposto, a depender da ideologia dominante e das concepções sobre o conceito de direito privado e a finalidade da função jurisdicional²¹; já em outros momentos, tentou-se conciliar as correntes, destacando-se as características de uma delas, sem, todavia, rejeitar a outra. De fato, a luta pela eficiência e justiça do processo é contínua, e demanda sempre novas ideias para um melhor ajuste sobre o seu controle²².

A articulação do grau de participação dos atores processuais se verifica em todo o espaço processual, conquanto seja possível agrupar as fases de sua incidência em cinco blocos, a saber: (i) instauração e (ii) delimitação do objeto do processo, (iii) produção de provas, (iv) análise de questões de fato e de direito e (v) procedimento recursal²³. Apesar

²⁰ DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Wolters Kluwer, 2010, p. 43.

²¹ CAPPELLETTI trata da inevitável influência da ideologia ou de bases pré e metajurídicas – assumidas num dado contexto histórico, econômico, social, cultural e político – na construção do modelo de processo. O autor alude ao adágio latino *veritas filia temporis* para ratificar o seu entendimento (CAPPELLETTI, Mauro. Iniziative probatorie del giudice e basi pregiudiziali della struttura del processo. In *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XXII, 1967, p. 425-426).

²² ANDREWS, Neil. A New Civil Procedural Code for England: Party-Control “Going, Going, Gone”. In *Civil Justice Quarterly*, n.º 19, 2000, p. 37. No mesmo sentido, CAPPELLETTI fala sobre a importância das mudanças e abertura para o novo na esfera jurídica (CAPPELLETTI, p. 426-428); e GOTTWALD sustenta que mesmo sem grandes problemas estruturais na justiça alemã, tal não impede a idealização de novas reformas para que se alcance um ponto ótimo (GOTTWALD, Peter. Civil Justice Reform: Access, Cost, and Expedition. The German Perspective. In *Civil Justice in Crisis* (org. Adrian A. S. Zuckermann). Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 233-234).

²³ DIDIER JR., 2010, p. 44.

da relevância da análise de todos os esquemas, o presente estudo concentrar-se-á nas fases de instauração e delimitação do objeto do processo – que travam uma relação lógica de consequência – e de análise das questões de fato, por serem as que mais se aproximam do núcleo do processo constituído por pedido e causa de pedir, objetos da gestão material.

O primeiro modelo analisado será aquele que tem como alicerce o princípio dispositivo, ou seja, o que se baseia em uma ampla disponibilidade do objeto do processo pelas partes²⁴. Prevalece para os defensores dessa corrente a autonomia da vontade das partes – trasladada do direito privado para a tutela processual dos direitos subjetivos – sobre o interesse público, traduzido na realização da justiça, de que se reveste o processo.

Uma advertência é, desde já, necessária sobre as nomenclaturas utilizadas neste estudo para referir-se à ideia de disponibilidade. Com efeito, parte da doutrina denomina *princípio do pedido* o que atribui às partes o impulso inicial e a delimitação do objeto do processo²⁵; para esta, por *princípio dispositivo* alude-se apenas ao aporte de fatos e provas ao processo pelas partes. Neste estudo, porém, o nome *princípio dispositivo* referir-se-á a todas as manifestações da disponibilidade das partes sobre o processo²⁶, chamando-se *princípio do pedido* a que se relaciona ao impulso inicial das partes e à delimitação do objeto do litígio; e *princípio dispositivo em sentido estrito* a vinculada à alegação dos fatos e à atividade probatória²⁷. Entende-se que, com isso, serão eliminadas as confusões existentes sobre a questão.

2.1 CONFIGURAÇÃO CLÁSSICA E DESDOBRAMENTOS

Conforme disposto acima, enuncia-se o princípio dispositivo pela atribuição, às partes, do poder de dispor sobre o objeto do processo, em homenagem à autonomia da sua

²⁴ REMÉDIO MARQUES chega a sustentar que o princípio dispositivo pode ser também denominado princípio da disponibilidade das partes (MARQUES, João Paulo Remédio. *Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*. Coimbra: Coimbra Editora, 3ª ed., 2011, p. 204).

²⁵ Assim, por exemplo, MESQUITA, 2013, p. 135; MENDES, 1980a, p. 211; ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Noções Elementares de Processo Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, vol. I, 1963, p. 348; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Fondamento del principio dispositivo*. In *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XV, 1960, p. 551; e NETO, Abílio. *Código de Processo Civil Anotado*. Lisboa: Ediforum, 14ª ed., 1997, p. 302. Para PESSOA VAZ, o princípio do pedido diz respeito apenas ao impulso inicial das partes (VAZ, p. 72), ao passo que ANTÓNIO MONTALVÃO o liga à correlação entre o pedido e a decisão final (MACHADO, António Montalvão. *O novo processo civil*. Coimbra: Almedina, 12ª ed., 2011, p. 30).

²⁶ BARBOSA MOREIRA até assinala que a expressão princípio dispositivo é das mais equívocas em direito, em razão dos múltiplos contextos em que pode ser utilizada (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Correlação entre o pedido e a sentença*. In *Revista de Processo*, vol. XXI, n.º 83, julho-setembro/1996, p. 208).

²⁷ LEBRE DE FREITAS sustenta posição diversa: para ele, o que ora se entende por princípio do pedido deve se chamar dispositivo *strictu sensu*, ao passo que o que se considera, neste estudo, princípio dispositivo em sentido estrito é, para ele, o princípio da controvérsia (FREITAS, 2013a, p. 156-157).

vontade privada – que decorre da titularidade particular de direitos subjetivos disponíveis – e, em última instância, à sua própria liberdade²⁸. Da anunciada disponibilidade das partes são extraídas as principais consequências normativas do princípio dispositivo entendido em sua radicalidade, a saber: os princípios do pedido e dispositivo em sentido estrito, cujas configurações devem ser detalhadamente explicitadas.

Resulta do princípio do pedido, num primeiro momento, o impulso inicial das partes, ou seja: compete ao autor a propositura da demanda, não podendo o órgão julgador fazê-lo de ofício (*nemo iudex sine actore; ne procedat iudex ex officium*²⁹). Com efeito, o tribunal deve permanecer inerte até que seja provocado por alguém em situação de litígio, afirmando-se titular de uma pretensão legítima a cuja satisfação tem resistido outrem³⁰.

A norma jurídica em apreço tem três justificativas fundamentais, quais sejam: a) o respeito à autonomia da vontade privada do postulante, que não apenas deve decidir sobre a melhor forma (judicial ou não) de promover a tutela do direito de que é titular³¹, como também possui melhores condições de aquilatar a efetiva ocorrência do dano, já que vivenciou toda a situação de fato que constituirá a causa de pedir da demanda a ser proposta³²; b) o respeito à imparcialidade do julgador, porquanto é certo que existe uma

²⁸ AROCA, Juan Montero. *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, pp. 63-64. JAUERNIG trata o princípio como a “faceta processual da autonomia privada”, que representa a capacidade de autodeterminação dos indivíduos para exercerem a tutela dos seus particulares interesses como melhor lhes convenha (JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. Coimbra: Almedina, 2002, trad. da 25ª ed. por F. Silveira Ramos, p. 131). Para BARBOSA MOREIRA, entretanto, o fundamento desse princípio não é a disponibilidade dos direitos subjetivos, pois pode ser ajuizada de ofício a ação em casos que versam sobre interesses exclusivamente patrimoniais – como ocorre com o inventário, de acordo com o art. 979 do CPC/BR (MOREIRA, 1996, p. 208-209). Não se acolhe esta posição, visto que se trata de regra excepcional; ademais, no direito brasileiro o direito à herança é fundamental – vide art. 5º, inc. XXX, da CF – e, como tal, irrenunciável.

²⁹ Na Alemanha, o princípio é conhecido pelo vocábulo *Dispositionsmaxime* (“disposição máxima”), donde se conclui que a disponibilidade das partes sobre o objeto do processo tem o seu ponto máximo na própria instauração da instância (FREITAS, 2013a, p. 156).

³⁰ JOLOWICZ aponta a voluntariedade da submissão às normas processuais como um elemento que diferencia esse ramo do direito material. Para ele, mesmo nos casos em que uma providência só pode ser alcançada pela via do processo, ninguém será obrigado a bater às portas do Judiciário para tanto, suportando apenas as consequências da sua inação no plano substantivo (JOLOWICZ, John. On the nature and purposes of civil procedural law. *In Civil Justice Quarterly*, n.º 9, 1990, p. 267).

³¹ Nesse sentido, ANDRADE, p. 348; e MESQUITA, 2013, p. 136. Este último adverte, ainda, que uma ação oficiosa do Tribunal pode provocar um desnecessário agravamento do quadro de litigiosidade entre as partes. MONTERO AROCA alude a tal ideia como o princípio da oportunidade, consagrado na LEC de 2001 (AROCA, 2001, p. 60-63), e defende que, se o juiz pudesse se pronunciar sobre o que não foi pedido, até a natureza privada dos direitos em conflito seria posta em cheque (Id., p. 90; no mesmo sentido, VAZ, p. 73).

³² O órgão jurisdicional não tem o dom da onisciência, sendo, portanto, a sua atividade oficiosa passível de causar danos às partes por conta de erros nas alegações (MESQUITA, 2013, p. 137). Assim, ainda que um juiz soubesse da existência de um acidente de trânsito que gerou danos ao veículo de um dos condutores por culpa exclusiva do outro, não teria condições de propor a ação devidamente, visto que não sabe detalhes

evidente incompatibilidade subjetiva entre as funções de propor uma demanda, formulando um pedido em face de outrem, e a de julgar este mesmo pedido, promovendo condições iguais a ambas as partes; e c) a igualdade entre os cidadãos, eis que, ainda que o tribunal eventualmente reunisse as condições para ajuizar uma ação, tal não seria feito – por evidente impossibilidade prática – em prol de todos irrestritamente, o que acabaria por favorecer alguns em detrimento de outros, sem justificativa plausível para tal assimetria.

Além do impulso inicial das partes, extrai-se do conteúdo normativo do princípio do pedido a obrigatoriedade de correspondência entre o objeto do processo delimitado por elas e a decisão proferida pelo órgão jurisdicional³³: é, pois, defeso³⁴ proferir decisões *ultra* e *extra petita* (para além da quantidade ou do objeto pleiteados, respectivamente)^{35 - 36}. Trata-se, em verdade, de derivação lógica daquela ideia, porquanto, se não pode o tribunal propor ações de ofício, muito menos poderia condenar a parte acionada em objeto diverso ou quantidade superior àquela postulada, já que tal conduta corresponderia, em leitura contrária, a uma dedução oficiosa de pretensão pelo Poder Judiciário³⁷. Está-se, aqui, ante outra faculdade de disposição das partes, desta feita relacionada à imposição de limites ao conteúdo da decisão a ser proferida, o que ressalta a necessidade de formulação certa e determinada do pleito pelo autor³⁸.

sobre o horário do evento, as condições de trafegabilidade da via, a conduta da vítima, a tentativa do infrator de minimizar o dano, etc. Sem embargo, as peculiaridades de um quadro de fato só são conhecidas pelos que nele se envolveram diretamente, e não por quem tem uma percepção apenas exterior do ocorrido.

³³ Diz-se, destarte, que a petição inicial é uma autêntica proposta de sentença, eis que, vinculando-se o juiz ao limite posto pelo autor, este, de seu lado, almeja o total acolhimento da sua pretensão (COUTURE, p. 44).

³⁴ Em regra, a sentença eivada do vício de excesso de pronúncia é nula. Conquanto não seja este o escopo do estudo, cfr., sobre o tema, as seguintes obras: MOREIRA, 1996, p. 214-215; SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. Lisboa: Lex, 2ª ed., 1997, p. 219-226; e REIS, José Alberto dos. *Breve estudo sobre a reforma do processo civil e comercial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2ª ed., 1933, p. 466-473.

³⁵ Sobre o tema, BARBOSA MOREIRA promoveu uma caricatural comparação com a obra de WILLIAM SHAKESPEARE, *O Mercador de Veneza*, na qual o devedor Antonio, que havia se comprometido a pagar com um pedaço de carne do seu corpo a dívida não cumprida perante Shylock, advertiu ao juiz que nem mesmo uma gota de sangue poderia ser derramada no processo de extração da carne, o que acabou por inviabilizar o cumprimento da obrigação (MOREIRA, 1996, p. 207). Na sequência, o autor explica que em alguns casos o mais é, na verdade, menos, de modo que não pode o juiz condenar o autor em quantia inferior à oferecida por ele (Id., p. 211) – é o típico caso das ações de consignação em pagamento. Também destrinchando o conteúdo da correlação entre pedido e sentença, REMÉDIO MARQUES informa a impossibilidade de o juiz argumentar sobre, ou mesmo julgar improcedente, pedido que não fora formulado (MARQUES, p. 661).

³⁶ Se ao juiz é vedado o excesso de pronúncia, por outro lado se lhe impõe um dever de exaustividade, cabendo a ele apreciar integralmente as questões colocadas pelas partes, de modo a conferir-lhes plena tutela jurisdicional. Sobre o assunto, cfr., por todos, AROCA, 2001, p. 81-82 e 84.

³⁷ Tal ilação também pode ser extraída em CAPPELLETTI, p. 417.

³⁸ Algo que, para JAUERNIG, se revela especialmente injusto nos casos em que a informação da parte autora é deficiente e prejudica a explanação dos fatos e fundamentos jurídicos na inicial (JAUERNIG, p. 133).

A necessária congruência entre o objeto do processo e a sentença justifica-se pelos mesmos fundamentos do impulso inicial das partes, a saber: autonomia da vontade privada, imparcialidade do julgador e igualdade. Acresce aqui, entretanto, o respeito à garantia do contraditório, visto que nenhuma pessoa pode ser condenada judicialmente sem que antes tenha tido a oportunidade de apresentar defesa fática e jurídica contra o pedido³⁹ – assim, em caso de ampliação da matéria de fato ou da postulação após a citação do réu, a defesa estaria prejudicada pela limitada abrangência da impugnação. Este é, contudo, um limite meramente instrumental e reversível, na medida em que, se fosse assegurado ao réu o direito de ser ouvido sobre a extensão do pedido ou causa de pedir, quedaria satisfeito⁴⁰.

Ao lado do princípio do pedido, encontra-se ainda o dispositivo em *sentido estrito*, o qual se enuncia mediante os ônus das partes de (i) alegarem os fatos constitutivos do seu direito ou modificativos, extintivos e impeditivos do direito do *ex adverso*⁴¹ e de (ii) produzirem as provas que julgam necessárias para o convencimento do magistrado acerca da veracidade das suas afirmações⁴²⁻⁴³.

Os referidos ônus se amparam, em primeiro lugar, na ideia de autorresponsabilidade das partes, de acordo com a qual estas conduzem o processo de forma autônoma, decidindo quais os meios de ataque ou defesa serão utilizados a seu critério e risco e suportando, pois, os efeitos da sua ação ou omissão. Tal noção resulta, afinal, do princípio da autonomia da vontade privada, pois, como já se disse, compete ao titular do direito subjetivo a escolha pela via mais adequada, segundo a própria

³⁹ É o que se diz em defesa da garantia da previsibilidade no curso do processo (MOREIRA, 1996, p. 211).

⁴⁰ MESQUITA, 2013, p. 141. A ideia persiste mesmo se a nova manifestação restar prejudicada por contradizer a primeira, eis que, até por exigência de boa-fé, não se pode tutelar a posição de quem litigou contra a verdade.

⁴¹ De acordo com a tradição jurídica ocidental, o juiz não pode acolher o pedido invocando fatos não alegados pelas partes, ainda que esteja convencido da sua ocorrência (MOREIRA, 2005, p. 7). Tal postulado, todavia, suporta mitigações, conforme se verá nos tópicos 3.2 e 4.3.2 *infra*.

⁴² Na Alemanha, o princípio se enuncia pela expressão *Verhandlungsmaxime* (“negociação máxima”), o que revela a amplitude da faculdade de aportar aos autos os fatos jurídicos e respectivos meios de prova que sejam necessários ao julgamento da ação.

⁴³ O ônus em questão não abrange os fundamentos jurídicos do pedido, porquanto a estes o magistrado não se vincula, podendo decidir com base em razões diversas das alegadas, desde que respeite o contraditório, evitando as decisões-surpresa (SOUSA, Miguel Teixeira de. Algumas questões sobre o ônus de alegação e de impugnação em processo civil. In *Scientia Iuridica*, tomo LXII, n.º 332, maio-agosto/2013a, p. 402). MONTERO AROCA, a respeito, salienta que diversamente do que ocorre com os fatos, se uma norma é aduzida por ambas as partes, pode o juiz se valer de outra para motivar a sua decisão; e, se nenhuma das partes a aduzir, ainda assim poderá ela servir como mote do *decisum*. Há, inclusive, casos em que, pela desnecessidade de patrocínio por advogado particular, a lei sequer exige a fundamentação jurídica do pedido (AROCA, 2001, p. 77-79). No Brasil e na Espanha, o art. 840, §1º, da CLT e o art. 71 da LPL, ao tratarem dos requisitos da petição inicial da ação trabalhista, exigem apenas a breve exposição dos fatos, não se referindo à motivação jurídica do pleito.

conveniência⁴⁴, para obter a sua efetiva tutela. Nessa linha, sustenta-se ainda que o aproveitamento dos fatos alegados pelas partes, mediante a imposição a elas de um verdadeiro ônus, estimula a alegação do ocorrido em sua inteireza, de modo a que não se aguarde a iniciativa do *ex adverso* para esclarecer ao juiz toda a situação que subjaz ao litígio⁴⁵.

Não se ignora também, no particular, a importância da preservação da imparcialidade do julgador, porquanto esta pode ser comprometida com o acúmulo das funções de julgar o feito e amearhar os fatos e provas necessários à elucidação do enunciado proposto pelo autor da ação em seu petitório inicial⁴⁶. É inequívoco, todavia, que nesta hipótese a incompatibilidade subjetiva é bastante atenuada pela circunstância de já ter o indivíduo optado por se socorrer junto ao Judiciário para a proteção do seu patrimônio jurídico, não se falando, portanto, em instauração da instância, mas na definição dos meios a serem percorridos para a sua extinção⁴⁷.

Há que se ter em vista, por fim, uma questão de ordem eminentemente prática, que é o maior conhecimento das partes sobre os fatos que cercam o quadro de litígio por elas vivenciado. Ora, é muito mais oportuno e conveniente, segundo este princípio, que as pessoas que presenciaram os fatos controvertidos sejam aquelas que promovam o seu aporte ao processo, com o propósito de evitar a formação do convencimento do magistrado segundo premissas de fato claramente equivocadas.

É, portanto, manifestação da faculdade das partes de disporem sobre o objeto do processo a sua exclusiva competência para promover o aporte dos fatos e provas. Deve-se,

⁴⁴ Não se pode olvidar que, em muitas circunstâncias, a parte pode simplesmente não ter interesse na alegação de um fato, seja pela possibilidade de ele vir a prejudicar uma relação comercial ou familiar, ou até mesmo para evitar a lesão a direitos de terceiros (ANDRADE, p. 350 e 352). Em parte divergente é a lição de LEBRE DE FREITAS, para quem o aporte de fatos não se relaciona com poderes de disposição das partes, mas com o conhecimento delas a seu respeito, que lhes impõe uma responsabilidade de alegá-los (FREITAS, 2013a, p. 167-168). Para ele, relacionar o aporte de fatos à disposição das partes equivaleria a reconhecer um direito à mentira no processo, o que é vedado pelo dever de agir de boa-fé (Id., p. 175).

⁴⁵ VAZ, p. 86.

⁴⁶ AROCA, 2001, p. 76. LIEBMAN defende a impossibilidade absoluta de o magistrado deter qualquer iniciativa instrutória, devendo se portar no processo como um terceiro, estranho ao seu objeto. Para ele, são incompatíveis entre si as funções de perquirir os fatos e compor de maneira justa o litígio, ficando esta função desnaturalizada com o referido acúmulo. O autor chega até a sugerir que, em casos de evidente interesse público, o Estado se valha de outro órgão, como o MP, para exercer a tarefa (LIEBMAN, p. 559-561 e 565).

⁴⁷ Como adverte BARBOSA MOREIRA, a alegação de fatos já revela a intenção no seu aproveitamento para alcançar a consequência jurídica pretendida: “Tudo isso justifica amplamente a convicção de que a simples dedução em juízo basta para cobrir de nova tonalidade qualquer conflito de interesses entre pessoas, seja qual for a natureza da relação jurídica que as liga. Litígio submetido ao exame e decisão do juiz deixa de ser, *ipso facto*, litígio cuja repercussão fique restrita ao âmbito puramente privado” (MOREIRA, 2005, p. 10).

todavia, observar que são muito mais robustos os motivos que impedem o magistrado de conhecer os fatos não alegados pelas partes, comparativamente àqueles que vedam a sua iniciativa oficiosa na definição e produção das provas necessárias ao esclarecimento do enunciado fático formulado⁴⁸, projetando-se a autonomia privada de modo mais evidente sobre a alegação dos fatos em relação à atividade instrutória.

Assim, verifica-se uma escala de relevância no âmbito do princípio dispositivo e seus desdobramentos, de tal modo que, se o princípio do pedido deve ser mais blindado que o princípio dispositivo em sentido estrito⁴⁹, na esfera de incidência deste último a disponibilidade das partes sobre os fatos aportados ao processo há de ser ainda mais resguardada em relação à que se opera sobre a indicação e produção dos meios de prova.

Não se pode deixar de referir, finalmente, a manifestação do princípio dispositivo relacionada ao termo do processo, seja pela desistência da instância, pelo reconhecimento da procedência do pedido por parte do réu ou pela renúncia, por parte do autor, ao direito em que se funda a ação⁵⁰.

2.2 O MODELO DISPOSITIVO EXTREMO DO SÉCULO XIX

A percepção do conteúdo, da extensão e das principais manifestações do princípio dispositivo possibilita, já agora, o entendimento do modelo de processo alicerçado na sua visão clássica e estanque – denominado, por PESSOA VAZ, *dispositivo extremo*⁵¹. A ilação primordial é a de que as partes e o juiz não possuem um objetivo comum no processo, cabendo àquelas a defesa dos próprios interesses, e a este a resolução do conflito conforme

⁴⁸ Por essa razão é que na maioria dos sistemas jurídicos ocidentais apenas se consagra o dispositivo em sentido estrito quanto ao aporte de fatos ao processo, prevalecendo a iniciativa do juiz no âmbito da produção de provas. Para além dessa “*tendenza evolutiva di tutti gli ordinamenti processual moderni*”, deve-se ter em vista, segundo CAPPELLETTI, que a alegação consiste em manifestação de vontade da parte à qual deve o juiz responder, integrando-se à própria estrutura do direito de ação. Assim, o magistrado que desrespeita tal limite “*pronuncia senza azione, perche l’azione proposta era individuata da un elemento causale del tutto diverso da quello, dal giudice posto invece alla base della propria decisione*” (CAPPELLETTI, p. 413-417).

⁴⁹ PICÓ I JUNOY esclarece que, se o impulso inicial das partes é um pressuposto mesmo do processo, a aportação dos fatos por elas já não o é, pelo que pode ser relativizado em algumas oportunidades (JUNOY, Joan Picó i. El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado. In *Proceso Civil e Ideología* (coord. Juan Montero Aroca). Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 122-123).

⁵⁰ MARQUES, p. 205. De acordo com a concepção clássica do princípio, é defeso ao magistrado se imiscuir nessas searas, sob pena de violar a autonomia da vontade das partes, na medida em que seria demasiado restringida a sua liberdade de ação quanto a direitos da sua própria titularidade. A regra geral ainda prevalece no art. 283º do CPC/PT. LEBRE DE FREITAS, no particular, defende que “o tribunal limita-se a verificar se as partes no negócio eram capazes e tinham legitimidade para se ocupar do objecto negocial, bem como se este era disponível, só não homologando se se verificar incapacidade duma das partes ou indisponibilidade, subjetiva ou objetiva, do objeto” (FREITAS, 2013a, p. 43).

⁵¹ VAZ, p. 97-113.

as previsões legais; confere-se, porém, aos litigantes uma primazia absoluta na delimitação do objeto do processo e no manejo dos instrumentos necessários à composição da lide.

O ideário claramente liberal e individualista de que se reveste o sistema sob análise advém do influxo iluminista do século XVIII, sobretudo da necessidade de se proteger o indivíduo contra o arbítrio do Estado, de que é representante o órgão jurisdicional⁵². Com a queda do Estado Absolutista, tal ideário ganhou ainda mais força e relevo nos sistemas de direito romano-germânico⁵³, assumindo o homem a condição de *prius* de toda a atividade estatal, como se extrai das leis de direito material e processual vigentes no início do século XIX, de que são exemplos paradigmáticos o *Code Napoléon* e o CPC/FR, ambos de 1806.

Nesse esquema processual, defendia-se um distanciamento entre o juiz e as partes, de modo que àquele não fossem concedidos quaisquer poderes capazes de violar os direitos destas. Tudo isto, aliado à teoria da separação de poderes de MONTESQUIEU e à difundida qualificação do magistrado como *a boca da lei*, potencializou a atuação das partes no procedimento e fez delas os verdadeiros senhores da sua condução, restando diminuta a influência do julgador⁵⁴.

Houve, assim, uma aproximação com o modelo adversarial de processo, tradicional em regimes de *common law* como o da Inglaterra⁵⁵ e o dos EUA⁵⁶, e baseado na

⁵² AROCA, 2001, p. 66-67. No mesmo sentido, cfr. OLIVEIRA, 2003, p. 36; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Flexibilização procedimental. In *Revista Eletrônica de Direito Processual*, ano 4, vol. VI, julho-dezembro/2010. Disponível em: http://www.redp.com.br/arquivos/redp_6a_edicao.pdf. Acesso em: 16.07.2014, p. 147; e GOUVEIA, Mariana França. *Regime processual experimental: anotado*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 27. Os autores enunciam o formalismo do processo como o método clássico de reação contra o arbítrio estatal.

⁵³ Mesmo em níveis diversos, a família romano-germânica tem como tradição o consentimento de papel ativo ao juiz (SOUSA, Miguel Teixeira de. *Introdução ao Processo Civil*. Lisboa: Lex, 2ª ed., 2000, p. 18).

⁵⁴ VINCENZI, Brunela Vieira de. *A Boa-Fé no Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 66. No mesmo sentido é a lição de CABRAL DE MONCADA: “O juiz era uma espécie de manivela de um aparelho automático que às partes era livre acionar para obter tais e tais efeitos já previstos e queridos por elas, vigorando sempre o espírito do velho anexim de que ninguém deve ser, nem portanto o juiz, mais papista que o papa” (MONCADA, Luís Cabral de. O Processo perante a Filosofia do direito. In *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, suplemento 15, vol. I, 1961, p. 63). MIGUEL MESQUITA segue a linha do jusfilósofo ao advertir que, segundo a ideia de processo dominante naquele tempo, não cabia ao juiz ser mais parte que a própria parte (MESQUITA, 2013, p. 140).

⁵⁵ Conforme assinala ANDREWS, trata-se o *adversarial system* de um conjunto de ideias que reside no coração do processo civil inglês (ANDREWS, Neil. *Principles of Civil Procedure*. London: Sweet & Maxwell, 1994, p. 50). Esse modelo tinha como pressupostos: (i) a imparcialidade do juiz, e um distanciamento seu da atividade das partes, para evitar possíveis erros; (ii) a busca, pelos advogados das partes, do atendimento aos interesses destas; (iii) a não intromissão do interesse público em disputas privadas; e (iv) a existência de uma competição entre as partes em busca da vitória no processo (Id., p. 34-35). Não era por outro motivo que competia apenas às partes iniciar o procedimento, e formular ou retirar pedidos (Ibid., p. 37-38). Bem salienta JOLOWICZ que no sistema em apreço o que importava era a resolução pacífica do conflito entre as

ideia de predomínio da atuação das partes sobre a do juiz, a quem incumbia fundamentalmente a função decisória⁵⁷. Por essa perspectiva, o processo era entendido como uma mera disputa entre as partes contendoras, cabendo a estas toda a iniciativa e impulso, de modo tal que o magistrado, no curso do procedimento, era apenas um árbitro avaliador da observância das regras formais⁵⁸; assim, comparava-se o processo a um jogo onde os participantes, segundo os seus próprios interesses, disputavam qual sairia vitorioso ao final, independentemente de estar com a razão⁵⁹.

De fato, pelo modelo dispositivo extremo todo o interesse na composição do litígio estava centrado nas partes, em homenagem à natureza privada dos direitos subjetivos em discussão, os quais eram plenamente renunciáveis e se encontravam, portanto, na esfera de disponibilidade dos seus titulares⁶⁰. Ora, se toda a discussão circundava em torno de direitos disponíveis, não se justificava mesmo qualquer interferência do magistrado na condução do procedimento, até porque a ele cabia apenas aplicar o texto da lei ao qual se subsumia a situação de fato alegada e provada pelas partes, segundo os meios por elas eleitos e impulsionados para tanto. Havia, naquele período, uma efetiva neutralização do poder dos tribunais, movendo-se os juízes num “*quadro jurídico-político pré-constituído, apenas lhes competindo garantir concretamente a sua vigência*” – com isso, a prática judiciária se revelou “*tecnicamente exigente, mas eticamente frouxa,*

partes, com base nos limites que elas próprias impuseram à atividade jurisdicional – buscava-se, portanto, apenas a *procedural justice*, sem preocupação com a sua materialidade (JOLOWICZ, John. The Woolf Report and the adversary system. *In Civil Justice Quarterly*, n.º 15, 1996, p. 199).

⁵⁶ A tradição adversarial dos EUA é posta em dúvida por AMALIA KESSLER, que informa que até o fim do século XIX prevalecia o regime das *equity courts*, derivado do sistema romano-canônico e com marcante caráter inquisitorial – esse modelo apenas foi extinto em definitivo com as FRCP de 1938. Assim, o sistema americano só teria se tornado verdadeiramente adversarial em um passado relativamente recente, donde se extrai que naquele país há uma mistura entre traços adversariais e inquisitoriais (KESSLER, Amalia D. Our Inquisitorial Tradition: Equity Procedure, Due Process, and the Search for an Alternative to the Adversarial. *In Cornell Law Review*, vol. 90, 2005, Issue 5, p. 1183-1184 e 1193). Imprimindo força a essa tese, HAZARD JR. assinala cinco diferenças entre o regime dos EUA os de outros países de *common law* – como Inglaterra, Canadá, Austrália, Nova Zelândia, África do Sul, Índia, Israel, Singapura e Bermudas –, as quais, no seu entendimento, são tão significativas como aquelas havidas entre esta tradição e a da *civil law* (HAZARD Jr., Geoffrey C. From Whom No Secrets Are Hid. *In Texas Law Review*, vol. 76, 1998, Issue 7, p. 1674-1675). Importa, todavia, anotar que os institutos basilares são, em sua essência, semelhantes, sobretudo no que atine ao protagonismo das partes e seus advogados sobre o juiz.

⁵⁷ DIDIER JR., 2010, p. 42. A decisão era, pois, a única marca que cabia ao juiz imprimir no processo (MENDONÇA, Luís Correia de. Vírus autoritário e processo civil. *In Julgar*, n.º 1, janeiro-abril/2007, p. 70).

⁵⁸ SOUSA, 2000, p. 24-25; e VAZ, p. 100-101.

⁵⁹ A essa concepção, em tom crítico que ora se acompanha, referem-se FENECH, Miguel; CARRERAS, Jorge. *Estudios de Derecho Procesal*. Barcelona: Libreria Bosch, 1962, p. 67-68.

⁶⁰ MENDES, 1980a, p. 209.

inclinada a traduzir-se em rotinas e, por consequência, a desembocar numa justiça trivializada”⁶¹.

É, destarte, característica destacada desse sistema a figura de um juiz desinteressado e passivo, no que atine tanto à condução do procedimento quanto ao conteúdo da decisão final⁶², considerando-se justa composição do litígio, para esse efeito, a mera aplicação⁶³ da lei aos fatos provados nos autos – ou seja, os alegados por uma parte e controvertidos pela outra, cujo meio de prova foi indicado e conduzido pelos próprios litigantes⁶⁴.

Resultava da falta de participação ativa do juiz na atividade instrutória a satisfação com a verdade meramente formal – extraída dos autos –, mesmo quando esta não coincidia com o que efetivamente ocorreu no plano dos fatos e deu causa ao surgimento do litígio. É certo, e não se pretende por em causa neste estudo, que a verdade plena – dita material – é uma quimera e quiçá um devaneio de muitos juristas, porquanto inalcançável⁶⁵, mas chama a atenção, aqui, o conformismo do magistrado com fatos (i) não provados, em virtude da incidência de um sistema rígido de preclusões; (ii) deficientemente provados, por conta da aplicação das regras estáticas de distribuição do ônus probatório, sobretudo para os casos de prova dividida; ou (iii) confessados, dada a atribuição de valor máximo, pela lei, a este meio de prova, sem a possibilidade de cotejá-lo com os demais elementos dos autos⁶⁶.

Com efeito, a opção pela verdade formal acabava, em muitas oportunidades, por premiar a parte que fizesse prevalecer a sua versão dos fatos, o que equivaleria, *mutatis*

⁶¹ SANTOS, Boaventura Sousa; MARQUES, Maria Manuel L.; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro Lopes. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*. Porto: Afrontamento, 1996, p. 23-24.

⁶² A doutrina, aludindo a tais qualidades do magistrado, é profícua na utilização de metáforas. Assim, diz-se que o modelo dispositivo extremo consagra um juiz “manequim” ou “fantoche” (REIS, 1933, p. 208), “Pilatos” (MONCADA, p. 65-66) e até “estátua” ou “convidado de pedra” (MESQUITA, 2013, p. 150).

⁶³ O vocábulo *aplicação* é utilizado no lugar de *realização* para reforçar o silogismo que norteia o método jurídico positivista, na esteira das lições de PINTO BRONZE (BRONZE, 2010, p. 767-763 e 931).

⁶⁴ MACHADO, António Montalvão; PIMENTA, Paulo. *O dispositivo e os poderes do Tribunal à luz do novo Código de Processo Civil*. Coimbra: Almedina, 2ª ed., 2001, p. 113-114.

⁶⁵ Como bem adverte MARIANA GOUVEIA, a verdade material vai se enfraquecendo no seguinte caminho: (i) forma como a parte interpreta os fatos; (ii) forma como os fatos são transmitidos pela parte ao advogado; (iii) forma como o advogado narra os fatos nos articulados, traduzindo-os para uma linguagem técnico-jurídica; (iv) forma como o magistrado seleciona os fatos que serão objeto de prova; e (v) forma como o fato é, enfim, provado. Todo esse *iter* gera uma distorção no modo de compreender os fatos tais quais eles ocorreram, de modo que é equivocado falar-se na possibilidade de alcance da verdade material pela via do processo (GOUVEIA, Mariana França. Os poderes do juiz cível na acção declarativa: em defesa de um processo civil ao serviço do cidadão. *In Julgar*, n.º 1, janeiro-abril/2007, p. 61-62).

⁶⁶ VAZ, p. 103-105.

mutandis, a uma proteção da mentira ou, no mínimo, à ausência de um aparelho repressor desta⁶⁷. O certo é que as partes não tinham quaisquer deveres estabelecidos perante o juiz, nem mesmo o de comparecer ao tribunal para esclarecer pontos controvertidos da causa⁶⁸ – com isso, a distância entre os atores do processo aumentava exponencialmente.

Parece claro que o modelo sobre o qual ora se debruça permitia uma apropriação do processo pelas partes, na medida em que a estas era dado todo o poder de estabelecer os limites subjetivos e objetivos da demanda, inclusive no que concerne à produção de provas, sem qualquer interferência meritória do magistrado, cuja decisão se legitimava pela mera observância das regras e pressupostos procedimentais⁶⁹. Assim, não constitui exagero afirmar que sob a égide desse sistema o processo era, de fato, uma *coisa das partes*⁷⁰, funcionando o Estado-juiz apenas como fiscal da legalidade de suas condutas e aplicador do texto de lei ao qual se subsumia o enunciado fático alegado e provado, sem qualquer interesse na justa composição do litígio na forma delineada *supra* – o processo estava ao serviço das partes, e não as partes ao serviço dele e, conseqüentemente, da sua finalidade⁷¹.

É também assente que todo o fundamento do sistema dispositivo extremo reside na igualdade de armas entre as partes, e na natureza privada e disponível dos direitos subjetivos de sua titularidade, sendo essas as ideias que permitem sustentar a defesa da autorresponsabilidade dos litigantes – afinal, se duas partes em condições de igualdade litigam por conta de um interesse privado, qual haveria de ser o empenho estatal dirigido à resolução desse conflito, para além de verificar se *o jogo foi jogado* conforme as regras?

A história mesma, no entanto, evidenciou as incongruências internas e externas dessa concepção privatista rígida e estanque do processo, com clara diversidade de

⁶⁷ Na linha da consagração de um *direito à mentira*, veja-se MONCADA, p. 64; e, em referência ao CPC/PT de 1876, de cunho claramente liberal, RAMOS, José Luís Bonifácio. Questões relativas à reforma do Código de Processo Civil. In *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Lebre de Freitas*. Coimbra: Coimbra Editora, vol. I, 2013, p. 926. PESSOA VAZ, de seu lado, em posição que ora se acompanha, sustenta simplesmente que não era vedada a possibilidade de mentir, ante a postura indiferente do julgador, o que se relacionava com a adoção extremada do princípio da autorresponsabilidade das partes (VAZ, p. 100-101).

⁶⁸ VAZ, p. 110-111. O autor também vincula tal circunstância ao caráter não concentrado e mediato do modelo dispositivo extremo de processo, esclarecendo que o afastamento físico entre o juiz e as partes corroborava a indeferença quanto à busca da verdade (Id., p. 111-113).

⁶⁹ SOUSA, 1997, p. 59.

⁷⁰ Nesse sentido, ANDRADE, p. 347; e REIS, 1933, p. 208.

⁷¹ MONCADA, p. 63. A ampla liberdade das partes pode também se ligar ao liberalismo econômico, donde se extrai a defesa do livre jogo das forças sociais (OLIVEIRA, p. 23). CORSINI, sobre o *adversarial system*, sustenta que se trata de uma transposição, para o processo, do *laissez-faire* (CORSINI, Filippo. Le proposte di «privatizzazione» dell'attività istruttoria alla luce delle recenti vicende della «discovery» anglosassone. In *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano LVI, n.º 4, 2002, p. 1276).

interesses entre os seus principais atores. Sem embargo, não apenas pela ilogicidade interna e pela ineliminável interferência do magistrado na solução do problema; mas, também, pelo desmoronamento da ideia de igualdade perante a lei, o esquema revelou-se insuficiente para explicar a inteireza do fenômeno processual. Ora, se se pretendia com o processo a justa e efetiva composição do litígio, algumas amarras tradicionais das funções do julgador deveriam ser desfeitas, de modo a possibilitar o alcance da finalidade perseguida.

2.3 INSUFICIÊNCIA PARA A EXPLICAÇÃO DO FENÔMENO PROCESSUAL

O princípio dispositivo possui, sem dúvida, enorme relevância para o entendimento da natureza do processo civil e do modo como este deve ser desenhado para promover a tutela dos direitos privados. Com efeito, a liberdade das pessoas não pode ser objeto de interferência excessiva do magistrado, impondo-se o respeito à autonomia da vontade do titular do interesse juridicamente protegido.

Do mesmo modo, esse ideário centra toda a sua enunciação na pessoa do indivíduo postulante, que é visto como sujeito de direitos e garantias cuja proteção é dever do Estado, por meio dos órgãos jurisdicionais. Institui-se, assim, uma blindagem contra o arbítrio estatal⁷², o que é de todo correto, porquanto mesmo sendo de interesse público o objetivo de realizar a justiça material no caso concreto, os destinatários primeiros dos comandos decisórios do juiz são as partes, às quais se deve manter atento durante todo o processo.

A importância do *núcleo duro* do princípio se revela nitidamente no fato de os principais ordenamentos jurídicos ocidentais ainda o consagrarem, mesmo que de forma parcelar ou mitigada – assim acontece, por exemplo, no atual CPC/BR em seus arts. 2º e 460; no novo CPC/BR, em período de *vacatio legis*, em seus arts. 2º e 490; no CPC/PT, em seus arts. 3º, nº 1, e 609º, nº 1⁷³; e na ZPO/AL, em seu §308, nº1. E, de fato, até hoje se

⁷² Na esteira da doutrina de MARIANA GOUVEIA, considera-se que o formalismo processual é, sim, um ganho que não pode ser olvidado. Entretanto, “a formalidade excessiva não só é fonte de morosidade processual como, em simultâneo, traz dificuldades à realização da justiça material” (GOUVEIA, 2006, p.28).

⁷³ MARIANA GOUVEIA, em ensaio sobre alterações promovidas no Novo CPC/PT, critica a supressão da nomenclatura *princípio dispositivo* do texto legal (GOUVEIA, Mariana França. O princípio dispositivo e a alegação de factos em processo civil: a incessante procura da flexibilidade processual. In *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 73, n.º 2/3, abril-setembro/2013, p. 604). A crítica, porém, não merece guarida: veja-se, por exemplo, o caso do Brasil, em que a expressão nunca constou expressamente dos diplomas processuais e, ainda assim, a incidência do princípio se dá de forma até mais rígida. Entende-se que mais importa a *ratio* do regime estabelecido do que o *nomen juris* utilizado pelo legislador.

verificam reminiscências do modelo dispositivo extremo, a exemplo da distribuição estanque do ônus da prova⁷⁴, regras de preclusão insuscetíveis de alteração pelo magistrado, acordos processuais, etc.

Todas essas vantagens, entretanto, não são suficientes para, por si só, explicar o fenômeno processual em sua inteireza, nomeadamente quanto aos fins a que se propõe⁷⁵. Há, fundamentalmente, duas limitações: uma relativa à inelutável participação ativa do juiz na composição do litígio, e outra concernente à falácia da igualdade formal entre as partes – e, como consequência, à condução ao extremo da sua autorresponsabilidade.

A primeira delas diz respeito ao método jurídico capitaneado pelas escolas da Exegese (difundida em França com a obra do alemão SAVIGNY) e da Jurisprudência dos Conceitos (surgida na Alemanha e com PUCHTA como maior expoente), que assentava em uma ideia de sistema jurídico fechado, com conteúdo rígido e pré-fixado – para uma, nos textos da lei; e para a outra, nos escritos romanos históricos. Tal modelo, alicerçado em uma lógica de natureza axiomático-dedutiva, fundava-se em um sistema de normas gerais e abstratas, impondo a adoção de uma metodologia silogístico-subsuntiva de aplicação do direito como uma mera formalidade de adequação da hipótese fática à previsão normativa na perspectiva de extrair a consequência jurídica prevista no ordenamento.

De acordo com o modelo de sistema descrito, portanto – e em consonância, nesse particular, com a neutralidade, o desinteresse e a passividade do arquétipo de juiz preconizado –, a *aplicação* da norma jurídica se resumia a uma operação matemática de silogismo, em que, presentes a proposição normativa e o enunciado fático, a subsunção deste a uma das hipóteses previstas naquela acarretava a incidência da consequência jurídica ali prevista⁷⁶. O método desconsiderava por inteiro a materialidade jurídica do problema judicando, implementando uma lógica estritamente formal e identificando a juridicidade e a normatividade extraídas do sistema com a racionalidade abstrata⁷⁷.

⁷⁴ No Brasil, o quadro será alterado com a vigência do Novo CPC/BR, que em seu art. 373, §1º, estabelece a distribuição dinâmica do encargo probatório, atribuindo-o à parte que mais aptidão possua para cumpri-lo.

⁷⁵ A própria história revela alternâncias cíclicas entre concepções privatistas e publicistas sobre o processo, com prevalência das últimas. Na Roma Antiga, por exemplo, preponderou, por um longo período, o modelo das *actiones*, de cunho eminentemente privado, com diminuta intervenção do pretor; percebeu-se, entretanto, a sua incapacidade para realizar justiça, a partir do que, já na fase do Império, instituiu-se um regime com maior intervenção do julgador. Cfr., a propósito, VINCENZI, p. 60-65; e MONCADA, p. 59-60.

⁷⁶ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991. Tradução da 6ª ed. alemã: José Lamago, p. 380-381.

⁷⁷ NEVES, António Castanheira. *Digesta: Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Coimbra: Coimbra Editora, vol. 2, 1ª ed. (reimpressão), 2010a, p. 185.

A falência de tal modelo, como se pode facilmente perceber, era inevitável, em virtude das próprias premissas que o justificavam. Verificou-se, primeiramente, que as decisões proferidas pelos magistrados não eram, na prática, dotadas da tão valorizada neutralidade, porquanto muitas vezes se lançava mão de componentes prático-valorativas em vez das lógico-axiomáticas⁷⁸.

Ademais, na sequência da crítica ora formulada⁷⁹, percebeu-se a inconveniência de adotar um método por meio do qual a mediação do julgador tinha pouca ou quase nenhuma relevância, na medida em que os sentidos já estavam efetivamente antecipados⁸⁰. Tal observação se mostrou de todo pertinente na medida em que, com o recrudescimento das relações sociais, o sistema jurídico fechado se revelou incapaz de promover, como pretendido, a regulação exaustiva de todas as situações concretas⁸¹⁻⁸².

Havia, pois, que se atentar a um elemento fundamental do exercício metodológico, solenemente ignorado pelos juristas daquele tempo, a saber: o problema, do qual emergem as questões a serem apreciadas pelo julgador, exigindo a sua mediação para mobilizar a normatividade pressuposta no sistema de modo a conformá-la às exigências concretas⁸³.

⁷⁸ BRONZE, 2010, p. 788. Registre-se, aliás, que a própria ideia segundo a qual o texto é tão claro em sua literalidade que independe de interpretação já constitui, em verdade, uma interpretação, ainda que propositadamente omitida da audiência, dificultando o controle do juízo decisório por parte do pensamento jurídico (Id., p. 788; e NEVES, António Castanheira. *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*. Coimbra: Coimbra Editora, 1ª ed. (reimpressão), 2010b, p. 26-27).

⁷⁹ A imbricação entre os dois *calcanhares de Aquiles* da acepção positivista de sistema jurídico não passou despercebida pela doutrina, que as considerava “*reciprocamente implicadas*”. (BRONZE, 2010, p. 788).

⁸⁰ BRONZE, 2010, p. 788.

⁸¹ Afirma-se, assim, que a formação dos conglomerados urbanos agravou as desigualdades sociais, dando origem “a uma explosão da conflitualidade social de tão vastas proporções que foi em relação a elas que se definiram as grandes clivagens políticas e sociais da época. Ora, os tribunais ficaram quase totalmente à margem deste processo, dado que o seu âmbito funcional se limitava à micro-litigiosidade interindividual, extravasando dele a macro-litigiosidade social” (SANTOS; MARQUES; PEDROSO; FERREIRA, p. 23).

⁸² Um exemplo elucidará a questão, demonstrando a insuficiência do sistema de conceitos abstratos para a solução das diversas questões jurídicas verificadas cotidianamente: tome-se em conta o art. 427 do CC/BR, segundo o qual “*a proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso*”. Caso o sujeito A, em tratativas com o sujeito B nas quais se ressaltou a possibilidade de liberação da proposta fornecida, tivesse já acertado as bases do negócio e, simplesmente desistisse da contratação, *quid juris?* De acordo com o raciocínio formal, baseado no método silogístico-subsuntivo, fatalmente seria reconhecido a A o direito de se desobrigar da proposta, sem que B fizesse jus ao recebimento de indenização, já que a lei prevê expressamente a ausência de responsabilidade quando tal possibilidade estiver prevista na oferta. Todavia, uma interpretação do caso concreto lastreada na boa-fé objetiva poderia implicar no dever de A de indenizar B pela quebra da confiança que este depositou na celebração do contrato, desde que atendidos os requisitos para tanto.

⁸³ Para LÊNIO STRECK, as teorias positivistas usavam uma “racionalidade teórica asfixiante que isolava/insulava todo contexto prático de onde as questões jurídicas realmente haviam emergido” (STRECK, p. 63).

O segundo fator de insuficiência do modelo dispositivo extremo – e do método jurídico a ele subjacente – diz respeito à compreensão reinante sobre a autonomia privada, que impunha às partes total responsabilidade pela defesa dos seus interesses no processo, sem qualquer auxílio ou prestação do juiz, tudo em nome da igualdade de todos perante a lei – meramente formal, portanto. Toda essa rigidez sistêmica, que promovia uma visão do homem sem correlação com o seu contexto histórico, social e econômico, gerou profundos desequilíbrios sociais, porquanto a capacidade combativa de uma parte dentro do processo costumava ser substancialmente enfraquecida nos casos de desigualdade de forças⁸⁴, o que impunha uma atenuação da eficácia da sua autorresponsabilidade.

Preconiza BARBOSA MOREIRA, com acerto, que o princípio dispositivo pressupunha uma igualdade de forças à qual nem sempre correspondia a realidade dos fatos, sendo que muitas vezes a escolha do advogado se revelava determinante para a vitória de uma das partes no processo, dada a sua maior habilidade no manuseio das regras do procedimento⁸⁵. Não há dúvida, pois, de que um sistema tal compreendia de forma deturpada o conceito de liberdade, que em sua essência nunca poderia abranger o poder de lesar os outros⁸⁶.

Assim, diante do contexto social em que se vivia já no final do século XIX⁸⁷, e da materialização de diversos problemas concretos nos quais se verificava uma assimetria entre os envolvidos, o princípio da igualdade formal não conseguiu sustentar-se, tendo sido retomada a noção aristotélica de igualdade material, pela qual se deve tratar igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. A estrutura lógica da igualdade deve, portanto, supor diferenciações; vislumbra-se um conceito relacional, que demanda uma comparação entre dois indivíduos diferentes, tomando como parâmetro

⁸⁴ Ante a contradição entre igualdade formal e justiça social, a utilização da racionalidade abstrata, sobretudo em processos nos quais as partes eram claramente desiguais, converteu-se em fator de insegurança jurídica, em vez da pretendida estabilidade (SANTOS; MARQUES; PEDROSO; FERREIRA, p. 27).

⁸⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo. In *Cadernos de Direito Privado*, n.º 7, julho-setembro/2004, p. 10.

⁸⁶ JAUERNIG, p. 147. CORSINI defende que não se pode prescindir da análise da condição real das partes de um processo, visto que são frequentes as disparidades econômicas entre elas, e um alto custo pode acabar por excluir pessoas do sistema de justiça ou constrangê-las a conciliar em termos prejudiciais aos seus interesses (CORSINI, p. 1279).

⁸⁷ Uma interessante contextualização histórica da quebra do ideário liberal, com a assunção da necessidade de intervenção do juiz no processo com o olhar voltado para o caso concreto que lhe era submetido pode ser conferida em MATOS, José Igreja. O juiz e o processo civil (contributo para um debate necessário). In *Julgar*, n.º 2, maio-agosto/2007, p. 96-101.

as características distintivas do quadro fático que se apresente⁸⁸. De fato, sustentar a igualdade formal, nos termos em que fora difundida, acabou por se revelar uma *hipocrisia*⁸⁹.

A tendência individualista então reinante deu lugar, assim, a uma concepção solidária de sociedade, que não reduz a importância e o significado de cada indivíduo, buscando sempre alcançar o equilíbrio entre os interesses de grupos heterogêneos, e empenhando-se na consecução dos objetivos de todos eles⁹⁰.

A modificação de paradigma do pensamento jurídico, que deixou de vislumbrar o homem como um fim em si mesmo, dotado de absoluta liberdade de agir, para enxergá-lo como parte de uma teia social, foi objeto de resistências várias – sobretudo da classe burguesa –, mas impôs-se devido à necessidade de o Direito alcançar um efetivo papel de regulação, se aproximando dos fatos por ele normatizados com um afastamento do formalismo até então dominante. E, considerando a especial sensibilidade do Direito Processual para absorver as demandas da sociedade⁹¹, passou-se a não mais aceitar a figura do juiz passivo, inerte, desinteressado na resolução do conflito de interesses e que permite às partes o assenhoreamento do processo com a assunção de um absoluto protagonismo.

Assim, foi consagrado um modelo de magistrado diligente e preocupado com o resultado da prestação jurisdicional, bem assim com os meios eleitos e usados para o propósito de realizar a justiça no caso concreto⁹²⁻⁹³. O processo, assim, começou a se

⁸⁸ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 7ª ed., 2003, pp. 427-428.

⁸⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Contratos – Teoria Geral*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, vol. IV, tomo I, pp. 41-42. No mesmo sentido, cfr. VINCENZI, p. 67.

⁹⁰ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1ª ed., 2006, p. 230. O próprio Direito Civil sofreu a influência desse fenômeno, verificando-se no atual CC/BR um ideário de eticidade e socialidade, que limita a autonomia privada e estabelece padrões de conduta, impondo, ainda, um caráter finalístico ao exercício das posições jurídicas, sobretudo no que concerne ao atendimento a uma função social. Sobre tais caracteres do direito brasileiro, cfr. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Salvador: JusPodivm, 2013, 11ª ed., vol. 1, p. 49-56.

⁹¹ MONCADA, p. 55-56. O autor compara o processo a um sismógrafo, dada a sua capacidade de “registrar, a uma grande distância, os mínimos movimentos e deslocções das camadas de terreno no subsolo da vida social”. Acautele-se, porém, que “constitui exagero de simplificação conceber essa relação à guisa de vínculo rígido, automático e inflexível...” (MOREIRA, 2005, p. 4).

⁹² PICÓ I JUNOY defende, nesse contexto, a ideia de uma aproximação do Tribunal com os fatos por ele julgados, mediante o emprego de todos os meios possíveis – tudo com o máximo respeito às garantias das partes –, a fim de que seja realizada a justiça (JUNOY, p. 124).

⁹³ Até mesmo as nações mais liberais sofreram a influência do novo paradigma de materialidade jurídica que se instalava. Nesse contexto, foram editados os *Judicature Acts* na Inglaterra em 1875, que extinguiram o modelo das *forms of action*, pelo qual havia remédios processuais pré-estabelecidos, e em caso de erro do advogado da parte na sua escolha, o processo seria extinto sem que se apreciasse o mérito da postulação –

libertar de um formalismo exacerbado que o tornou “*refém de suas próprias armadilhas e retirou de seu foco a finalidade para a qual foi concebida, que é de [...] proporcionar uma efetiva e adequada entrega da prestação jurisdicional*”⁹⁴.

Note-se que o objetivo último manteve-se, porquanto o que sempre se desejou, com a realização de justiça material no caso concreto, foi a tutela da pessoa humana em todo o seu plexo de direitos e obrigações. A alteração atine apenas à forma como tal finalidade será alcançada, eis que, se pela via do princípio dispositivo todas as diligências eram atribuídas às partes, passou-se a reivindicar uma presença atuante do magistrado na condução do procedimento e na prolação do *decisum*⁹⁵.

A solidarização social promovida conduziu, inclusive, à proliferação de *direitos indisponíveis e irrenunciáveis*, que em alguma medida escapam à esfera de disponibilidade das partes⁹⁶. No mesmo sentido, verificou-se o surgimento de normas cogentes (ou de ordem pública), cuja observância se impunha independentemente da vontade das partes, ainda que expressada por acordo em sentido contrário. Assim, natural que o modelo dispositivo, em seus contornos clássicos, não fosse capaz de explicar tais fenômenos.

Nesse contexto, é imperioso fixar meios de minoração da eficácia desse princípio, de modo a possibilitar a realização da justiça por meio da atividade jurisdicional, sem, todavia, descuidar da parte como pessoa digna de proteção por parte do maquinário estatal.

2.4 ALGUMAS MITIGAÇÕES DO PRINCÍPIO

Já é assente que o princípio dispositivo não pode ser adotado em termos absolutos, sob pena de o processo ser efetivamente apropriado pelas partes, algo que não se deve admitir. Tal conclusão decorre do já sublinhado caráter *não essencial* desse princípio,

ainda que se pudesse deduzir novamente a mesma pretensão por outra via, as perdas de tempo e dinheiro eram lesões já consumadas às partes. Por isso, os advogados muitas vezes se preocupavam mais com o meio eleito do que com a substância da matéria controvertida, tornando o processo um fim em si mesmo, sem seu típico caráter instrumental. Cfr., a propósito, JOLOWICZ, John Anthony. Lo studio del diritto processuale civile in Inghilterra: perché così scarso e così in ritardo? In *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano LII, n.º 3, 1998, p. 873-876; e ZUCKERMAN, Adrian A. S. Dismissal for delay – the emergence of a new philosophy of procedure. In *Civil Justice Quarterly*, n.º 17, 1998, p. 224-225.

⁹⁴ CABRAL, p. 138.

⁹⁵ “O juiz indiferente, impotente perante a vontade das partes, é inconcebível ante os novos anseios da sociedade” (VINCENZI, p. 53).

⁹⁶ ANDRADE, p. 350.

que possibilita a sua consagração de forma extrema ou moderada, com variação da amplitude do seu espectro de incidência⁹⁷.

No seguimento das razões acima expostas, nota-se a existência de três justificativas principais para a mitigação do princípio dispositivo, a saber: (i) a verificação do interesse público no resultado do processo; (ii) o surgimento de posições jurídicas indisponíveis e irrenunciáveis e (iii) a criação de normas jurídicas cogentes (ou de ordem pública). O primeiro é, de todos, o mais relevante, até porque do seu conteúdo se extraem os demais.

Sem embargo, a opção por um modelo de magistrado – e, consequentemente, de processo – reveste-se de inequívoca carga ideológica. Assim, em um cenário de prevalência do individualismo, já se sustentou uma *procedural justice*, segundo a qual a observância das regras do jogo era suficiente, prescindindo-se da apuração da verdade e, por conta disso, evitando-se os riscos decorrentes da concessão de poderes ao juiz⁹⁸.

Em linha oposta, e tendo por base que não era possível dispor do processo em si, tal qual se fazia com os direitos puramente privados, passou-se a consentir com uma mais ampla atribuição de poderes ao juiz, de modo a permiti-lo lograr a máxima eficácia na sua função – trata-se do fenómeno da publicização (ou socialização) do processo⁹⁹, por meio da qual, ainda no fim do século XIX, se buscava a realização de uma *substantial justice*. ALBERTO DOS REIS, expoente dessa doutrina em Portugal, defendia nas primeiras décadas do século XX que “*a boa administração da justiça interessa, não unicamente aos litigantes, mas ao Estado*”, alertando que as partes buscavam, por intermédio do processo, a satisfação de seus interesses particulares, ao passo que o Estado se encarregava de fazer triunfar a justiça com base no direito vigente¹⁰⁰.

Percebeu-se, assim, que mesmo se tratando de querelas privadas, havia um relevante interesse público na sua solução, porquanto o próprio direito e sua carga normativa se encontravam em jogo naquelas situações de conflito. Nessa linha, e com

⁹⁷ SOUSA, 2000, p. 56. Há até quem defenda que hoje o princípio dispositivo justifica-se apenas pela ideia de impulso inicial das partes, cabendo ao juiz uma vasta gama de poderes para dirimir os conflitos que lhe são submetidos (VINCENZI, p. 71). Entende-se, contudo, que a despeito da necessária mitigação da eficácia do princípio, a sua amplitude ainda é mais larga, abrangendo outros limites já fixados.

⁹⁸ TARUFFO, Michele. Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa. In *La Prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008, trad. por Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán, p. 173-175.

⁹⁹ JUNOY, p. 110.

¹⁰⁰ REIS, 1933, p. 209 e 231. Apesar da limitada visão do autor sobre o conceito de justiça – que equivaleria à garantia da eficácia do direito objetivo –, a ideia de fundo ínsita ao seu raciocínio não pode ser desprezada.

amparo nas lições de MICHELE TARUFFO¹⁰¹, diz-se que se a decisão judicial passa a se dirigir ao cumprimento de *public values* e à obtenção da justiça, é essencial averiguar a verdade dos fatos para que o ato seja qualitativamente correto, mais do que procedimentalmente adequado.

A verdade, nesse contexto, é alçada à condição de *motor* da atividade processual, relacionando-se intimamente a sua importância com a própria necessidade de submeter as lides à composição autoritativa por parte do Estado-juiz¹⁰². Ora, se já se anotou que a aquisição integral da verdade dos fatos é um devaneio, tal não deve ser fator impeditivo para o uso de todas as armas disponíveis para se aproximar o máximo possível dela¹⁰³.

O reconhecimento, portanto, de um interesse público inerente ao exercício da função jurisdicional demandou uma atenuação da eficácia do princípio dispositivo, transformando o juiz de árbitro passivo e desinteressado na composição do litígio em efetivo diretor do procedimento, que toma as rédeas da sua condução e atenta à qualidade do *decisum*.

Ao lado dessa realidade, na sequência do fenômeno de solidarização social e quebra do individualismo no Direito Civil, multiplicaram-se os direitos indisponíveis, alheios ao poder de disponibilidade das partes e que repercutem no âmbito processual por imporem matizações ao princípio dispositivo, o que já é admitido até mesmo pelos mais liberais¹⁰⁴ e encontra-se expressamente positivado no art. 289º do CPC/PT. Assim, por exemplo, os direitos da personalidade e os de família – cuja índole privada não está sujeita a dúvidas – merecem, no processo, um tratamento diferente daquele dispensado aos direitos puramente patrimoniais, por exemplo. Nesses casos, caberá ao juiz uma

¹⁰¹ TARUFFO, p. 177-178. Para TEIXEIRA DE SOUSA, decorre da ideia de Estado Social de Direito que a composição de litígios por meio do processo não interessa apenas as partes, mas à coletividade como um todo (SOUSA, 1997, p. 61).

¹⁰² Nesse sentido, BARBOSA MOREIRA questiona qual seria a finalidade de mover a máquina judiciária se a verdade fosse irrelevante (MOREIRA, 2005, p. 12); e MICHELE TARUFFO salienta que, se não interessasse a verdade, a instrução seria um fator meramente simbólico de legitimação da sentença (TARUFFO, p. 176).

¹⁰³ BARBOSA MOREIRA, reconhecendo a incapacidade humana de remontar a verdade em sua inteireza, anota que essa circunstância não obsteu a que várias ordens jurídicas se mantivessem na busca ao menos de uma aproximação dela (MOREIRA, 2005, p. 9). ANTÔNIO MONTALVÃO e PAULO PIMENTA, referindo-se aos CPC/PT de 1939 e 1961, sustentam, na mesma linha, que mais do que “a constatação jurisdicional da ‘verdade dos factos alegados’”, busca-se a convicção do juiz sobre a sua realidade (MONTALVÃO; PIMENTA, p. 114). Também JOLOWICZ perfilha a mesma ideia, afirmando que o juiz não deve se conformar com aquilo que as partes provaram pela sua própria iniciativa (JOLOWICZ, 1996, p. 200-201).

¹⁰⁴ Cfr., por todos, AROCA, 2001, p. 66. A questão será mais bem desenvolvida no tópico 5.3 *infra* desta dissertação, quando se tratar da indisponibilidade e irrenunciabilidade dos direitos laborais e a influência dessas características na configuração principiológica do Direito Processual do Trabalho.

intervenção mais ativa para promover a tutela das posições jurídicas, visto que, se a própria parte não pode dispor do seu direito, muito menos o representante do Estado poderá ser indiferente a ele.

Situação diversa – conquanto na mesma linha mitigadora do princípio dispositivo – é a que atine às normas cogentes ou de ordem pública, ou seja, as de observância obrigatória e inderrogáveis pelo acordo de vontade das partes¹⁰⁵, a exemplo das relativas à prescrição, à decadência e, em alguns casos, até às nulidades contratuais¹⁰⁶. Nessas hipóteses, sustenta-se que o juiz pode conhecer oficiosamente de matérias de fato, prevalecendo o interesse da coletividade sobre o dos particulares¹⁰⁷. Essa é a solução adotada pelo direito brasileiro, conforme se extrai, por exemplo, do art. 219, §5º, do CPC/BR, e do art. 210 do CC/BR, que possibilitam ao magistrado o conhecimento de ofício da prescrição e da decadência (ou caducidade), respectivamente, desde que haja prova sua nos autos; em Portugal, apenas esta última pode ser apreciada *ex officium*, conforme se extrai dos arts. 303º e 333º do CC/PT.

Tendo em vista as justificativas apresentadas para a mitigação do princípio dispositivo, já se pode elencar aspectos concretos da matéria, advertindo-se que, por ora, só serão abordadas algumas limitações à sua eficácia, porquanto as outras constituem objeto de itens seguintes. Assim, num primeiro momento, tratar-se á do princípio do pedido, sob as óticas do impulso inicial das partes e da correlação entre o pedido e o sentenciado.

O impulso inicial não é excepcionado nos principais ordenamentos jurídicos¹⁰⁸. Trata-se de uma espécie de cláusula pétrea do processo civil contemporâneo, com respeito

¹⁰⁵ JORGE, Mário Helton. A garantia da imparcialidade do órgão jurisdicional e as hipóteses de aparente parcialidade. In *Revista dos Tribunais*, vol. XCV, n.º 122, 2005, p. 59. No mesmo sentido, JAUERNIG defende que o poder de dispor do objeto do litígio, durante o processo, pode ser limitado por fatores relativos à conformação e finalidade do direito substantivo (JAUERNIG, p. 134). CAPPELLETTI destaca, nessa seara, os fatos relacionados a questões processuais, como a incompetência do juízo, ou mesmo fatos extintivos do direito do autor, a exemplo do pagamento cuja prova emergja da instrução (CAPPELLETTI, p. 410-411).

¹⁰⁶ É o caso, no Brasil, do art. 9º da CLT, que trata dos atos praticados no curso do contrato de trabalho cuja forma é lícita, mas visam à fraude de direitos do trabalhador. O tema será retomado no capítulo 5 *infra*.

¹⁰⁷ JORGE, 2005, p. 62-63. No mesmo sentido, sustenta-se que, quanto às matérias de ordem pública, o juiz deve ter amplas faculdades diretivas, inclusive poderes de ofício para apurar a verdade dos fatos, independentemente dos limites fixados pelas partes (FENECH; CARRERAS, p. 257-258). Entendimento contrário é o de ANTÔNIO MONTALVÃO e PAULO PIMENTA, para quem o juiz só deve conhecer tais fatos (que definem como “integradores de figuras jurídicas de conhecimento oficioso”, a exemplo das nulidades, da caducidade, da falsidade evidente, do caso julgado e da litispendência) se houver alegação, facultando-se-lhe tão somente a extração de um efeito jurídico não requerido por elas (MONTALVÃO; PIMENTA, p. 145-147).

¹⁰⁸ O que já ocorreu, por exemplo, no regime do Código Soviético de 1923, em que havia inúmeras hipóteses de ação obrigatória (MONCADA, p. 71).

à autonomia da vontade privada na eleição da via pela qual será tutelado o interesse violado ou sob ameaça de violação¹⁰⁹.

O dever de correlação entre o objeto do processo e a sentença, de seu lado, já sofre algumas mitigações, principalmente com relação a três aspectos, quais sejam: pedidos implícitos, qualificação jurídica diversa do pedido e determinação de providência diversa da postulada em sede de obrigações de fazer¹¹⁰⁻¹¹¹.

Pedidos implícitos são os que decorrem logicamente de outros, pela própria natureza das coisas, em um vínculo de pressuposição¹¹². Por tal razão, podem ser apreciados mesmo que não sejam formulados expressamente pela parte interessada – são exemplos típicos o reconhecimento de paternidade quando se pleiteou a prestação de alimentos, e a declaração do direito de propriedade sobre um bem cuja reivindicação é objeto do litígio¹¹³.

O CPC/BR ainda consagra outras espécies de pedidos implícitos, a exemplo das custas e despesas processuais (art. 20) e dos juros legais (art. 293), o que abrange, por

¹⁰⁹ Há, todavia, casos nos quais, embora seja respeitada a inércia da jurisdição para a tutela de direitos subjetivos privados, estes se revestem de um interesse público relevante a ponto de se possibilitar ao Estado, por um de seus órgãos, a propositura da ação mesmo sem o conhecimento ou aquiescência do interessado imediato – é o que acontece, por exemplo, em Portugal, na esfera das ações de reconhecimento da existência de contrato de trabalho. Por meio delas, o MP pode pleitear, após parecer da ACT, a declaração da nulidade do contrato de prestação autônoma de serviços, com o consequente reconhecimento da relação de emprego e a imposição do cumprimento de todas as obrigações daí decorrentes. Trata-se de inovação da Lei 63/2013, de 27/08, que alterou o CPT para incluir a possibilidade referida.

¹¹⁰ A regra da proibição de decisões *ultra e extra petita* é afastada no âmbito do processo laboral, conforme se extrai do art. 74º do CPT. Esse tema será objeto de análise autônoma no tópico 5.3.2.1 *infra*.

¹¹¹ Ampliando as lições de MÁRIO HELTON JORGE, que utiliza tal termo apenas para as matérias de ordem pública e dos pedidos implícitos, diz-se que as hipóteses em apreço são casos de apenas aparente parcialidade do julgador, eis que não chegam a constituir violação ao princípio dispositivo (JORGE, 2005, p. 67).

¹¹² MESQUITA, 2013, p. 144. MÁRIO HELTON JORGE elenca três espécies de pedidos implícitos: (i) os decorrentes de efeitos jurídicos consequentes do pedido originário, (ii) os que virtualmente integram o objeto do processo e (iii) os que constituem pressuposto para o julgamento do pedido originário (JORGE, 2005, p. 65-66). Entende-se, porém, que apenas a última categoria deveria estar no rol, eis que, quanto às demais, trata-se de ampliação do objeto processual que não deve ser feito de ofício pelo juiz, sendo imprescindível a participação dos litigantes. O raciocínio do autor pode levar às seguintes situações: numa ação em que se requer o despejo, o juiz poderia declarar a resolução do contrato por se tratar de pedido implícito; ao mesmo tempo, se na ação tivesse sido pedida a resolução do contrato, poderia também o juiz determinar o despejo, ainda que sem pleito expresso nesse sentido. Tal solução seria deveras invasiva da esfera de disposição dos direitos das partes, constituindo excesso de pronúncia por parte do magistrado, que no exercício do seu dever de gestão, até poderia convidar a parte autora a complementar o pedido insuficientemente formulado, mas jamais se substituir a ela nessa atividade.

¹¹³ MESQUITA, 2013, p. 144. Ressalte-se, no entanto, que nem sempre será possível reconhecer a relação jurídica subjacente ao pedido principal quando for controvertida a sua existência. Em muitos casos, deverá a parte formular expressamente o pleito de reconhecimento da relação jurídica, nomeadamente quando forem múltiplos os seus efeitos – é o caso do contrato de trabalho, que deve ser judicialmente reconhecido mediante pedido expresso para que seja deferido o pagamento das verbas a ele atreladas.

construção jurisprudencial, também a correção monetária¹¹⁴. Já em Portugal, não se admite a incidência dos juros e da correção monetária quando o pedido não é expressamente formulado, conforme se extrai da redação do Assento n.º13/1996¹¹⁵.

Também pode ser oficiosamente sanada pelo juiz a qualificação jurídica diversa do pedido, que se verifica quando a parte justifica a sua pretensão com base em fatos que lhe conferem a tutela do sistema jurídico, contudo, ao formular o pleito, se equivoca na descrição dos efeitos que deseja obter¹¹⁶ – casos típicos são o do réu que alega a decadência do direito quando, em verdade, deveria ter arguido a prescrição da pretensão; ou do autor que requer a declaração de nulidade do contrato, quando o mesmo era passível apenas de anulação. O CPC/BR consagra uma clara hipótese de qualificação jurídica diversa do pedido no âmbito das ações possessórias (art. 920), em que deve ser conferida a proteção adequada aos fatos narrados pelo autor, independentemente do tipo de medida reclamada – há previsão semelhante no art. 661º, n.º 3, do CPC/PT.

Finalmente, no que atine à determinação de providência diversa da postulada, a flexibilidade já é mais ampla, com vistas à efetividade da decisão proferida, sobretudo quando se pretende uma condenação ao cumprimento de um *facere* ou *non facere*. Isso porque há casos nos quais a providência concreta requerida pelo autor não se revela adequada ou satisfatória ao alcance da finalidade pretendida, cabendo ao magistrado, com vistas à composição mais justa do litígio, determinar a execução de outra medida. Tal acontece sobretudo nos casos em que é deferida uma providência menos gravosa do que a postulada, conforme salientam BARBOSA MOREIRA e MIGUEL MESQUITA¹¹⁷.

Conquanto não seja esta a oportunidade para aprofundar a matéria – o que será feito no item 4.3.1 *infra* –, chama-se desde já a atenção para a existência do art. 461 do CPC/BR, que determina ao juiz a imposição de medidas diversas das pleiteadas, nas fases

¹¹⁴ O enunciado 211 da súmula da jurisprudência dominante do TST, no Brasil, considera os juros e a correção monetária pedidos implícitos em sede de ações trabalhistas.

¹¹⁵ O mesmo entendimento prevalece no direito alemão (JAUERNIG, p. 133).

¹¹⁶ O problema é abordado em MESQUITA, 2013, p. 144; e CAPPELLETTI, p. 409. Trata-se de manifestação, na seara do pedido, da liberdade de fundamentação jurídica do magistrado relativamente à causa de pedir.

¹¹⁷ MOREIRA, 1996, p. 214; MESQUITA, 2013, p. 141-142. A ideia de efetividade da decisão também pode ser extraída, ainda que indiretamente, da doutrina de ALBERTO DOS REIS, ao sustentar que a alteração do pedido, mesmo que resulte de acordo das partes, não deve ser aceita se daí puder resultar algum transtorno ao exercício da função jurisdicional (REIS, José Alberto dos. *Comentário ao Código de Processo Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, vol. 3º, 1946, p. 90).

cognitiva ou executiva, para assegurar a eficácia da prestação jurisdicional¹¹⁸. No mesmo sentido, embora com menos alcance, o CPC/PT contém, no art. 376º, n.º3, previsão que liberta o julgador das amarras promovidas pela parte autora em seu pedido no âmbito das providências cautelares, permitindo-lhe impor uma cominação de conteúdo diverso do postulado; e o art. 878º institui um procedimento especial para a tutela dos direitos da personalidade, em que o pedido será apenas de determinação das providências adequadas para satisfazer a pretensão, sem vinculação prévia do julgador.

Delineados os principais traços de matização da eficácia do princípio do pedido, ganha relevo o estudo da matéria no que concerne ao dispositivo em sentido estrito, o que será objeto do próximo capítulo, onde abordar-se-á os poderes instrutórios e inquisitórios do juiz no processo civil.

¹¹⁸ MÁRIO HELTON JORGE e MARINONI sustentam claramente que tal dispositivo abrange as sentenças condenatórias de primeiro grau, determinando-se uma medida capaz de conferir resultado prático equivalente ao que seria obtido com a providência pleiteada (JORGE, 2005, p. 58; e MARINONI, Luiz Guilherme. As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação da tutela jurisdicional efetiva. *In Revista de Direito Processual Civil*, nº 29, julho-setembro/2003, p. 559). Em sentido mais cauteloso, e interpretando o dispositivo apenas na sua vertente assecuratória da eficácia da prestação jurisdicional no âmbito executivo, cfr. VINCENZI, p. 73-74.

3 PRINCÍPIO INQUISITIVO E PROTAGONISMO DO JUIZ

O princípio inquisitivo é a face contrária do princípio dispositivo¹¹⁹ sobre o qual se debruçou no capítulo antecedente, e se concretiza no reforço dos poderes do juiz relativos à condução do processo¹²⁰, como expressão de uma reação drástica contra o ideário liberal e individualista que imperou no século XIX.

A despeito da atribuição de outras denominações ao princípio¹²¹, tem prevalecido a expressão *inquisitivo* para representar o modelo de processo fundado em um protagonismo do magistrado, que assume o papel de diretor do procedimento. Tal nomenclatura, porém, embora seja a mais difundida, tem conotação claramente pejorativa, pois busca relacionar o princípio inquisitivo ao sistema da Santa Inquisição, com o qual nenhum processo contencioso na atualidade coincide¹²².

Manifesta-se a inquisitividade, sobretudo, por meio da oficialidade – concernente ao impulso processual, que fica a cargo do juiz – e da oficiosidade – atinente à iniciativa própria do magistrado, sobretudo nos âmbitos da produção de provas e do conhecimento de fatos¹²³. Ademais, em um regime baseado no princípio inquisitivo, o procedimento se caracteriza por ser oral¹²⁴, concentrado e imediato, porquanto há uma preocupação com a verdade da situação fática aportada ao processo.

O ideário que inspira esse princípio foi sintetizado pelo austríaco FRANZ KLEIN no fim do século XIX¹²⁵. Para ele, o processo era um mal social (*sozial Übel*) por provocar

¹¹⁹ Trata-se de ilação frequente na doutrina sobre processo. Cfr., por todos, LIEBMAN, p. 555.

¹²⁰ CAPPELLETTI, p. 417.

¹²¹ CABRAL DE MONCADA, por exemplo, alude à equivalência entre princípio publicístico, princípio social e princípio inquisitório (MONCADA, p. 98).

¹²² TARUFFO, p. 160; e KESSLER, p. 1183. O método inquisitorial remonta ao Concílio de Letran, que em 1215 instituiu a inquisição na Igreja Católica. Ali, cabia ao próprio julgador realizar formalmente a acusação, após o que se buscava incessantemente o alcance da verdade material (VELLOSO, Adolfo Alvarado. *La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento. In Proceso Civil e Ideología* (coord. Juan Montero Aroca). Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 232-234). De fato, o componente ético do princípio inquisitivo permite relacioná-lo ao sistema medieval canônico (MONCADA, p. 69-70); é um erro, todavia, equipará-los, pois há entre eles significativas diferenças de regime jurídico.

¹²³ Os dois aspectos são abordados em SOUSA, 2000, p. 59-60 e 62-64, respectivamente.

¹²⁴ ALBERTO DOS REIS sustenta que a oralidade em tudo se relaciona com o publicismo processual, na medida em que revela um juiz interessado na busca da verdade, e não mais distante do problema julgando. Para o autor, tal qualidade torna a justiça mais acessível, o que constitui uma mais-valia para todos que nela militam (REIS, 1933, p. XIV-XVI e XL).

¹²⁵ Com efeito, a despeito de ser quase unânime na doutrina a ideia de que a ZPO/AU de 1895, erigida sob os desígnios de KLEIN, foi o primeiro diploma a instituir um regime inquisitivo, o *Code de Procédure Civile* do Cantão de Genebra, datado de 1819 e capitaneado por BELLOT, já trazia dispositivos que concediam poderes ao juiz para a resolução mais célere do litígio (OLIVEIRA, 2003, p. 30-31).

perda de tempo, gasto de dinheiro, indisponibilidade provisória de bens e acirramento do clima de litigiosidade; por isso, impunha-se a criação de instrumentos que permitissem o seu uso dirigido à promoção do bem-estar comum (*Wohlfahrtsenrichtung*), a exemplo da oralidade e da livre valoração da prova pelo juiz – com isso, o que em última instância se buscava era a redução da desigualdade nos casos em que havia uma diferença de habilidade e recursos financeiros e intelectuais¹²⁶.

Sem embargo, a adoção do princípio inquisitivo revela um fortalecimento da concepção publicista de processo, em detrimento da privatista, traduzindo um duplo interesse público, tanto na proteção da parte mais fraca quanto na realização de justiça¹²⁷. Há que se cuidar, porém, dos limites à sua eficácia normativa, para que o reforço dos poderes do juiz não se traduza em arbítrio e violação dos direitos e garantias das partes.

3.1 PROFUSÃO DE PODERES-DEVERES: CODIFICAÇÕES AUTORITÁRIAS?

A cariz publicista do processo civil, da qual já se tem notícia, defende uma acentuada intervenção do juiz na condução do procedimento, com o aumento dos seus poderes e uma maior pró-atividade na tentativa de reduzir as desigualdades das partes. Procura-se, com tal movimento, garantir a efetividade do processo, que, segundo ADOLF SCHÖNKE, pode ser comprometida com decisões dissociadas da realidade dos fatos que ensejaram a propositura da ação, agravando um sentimento coletivo contrário a tal situação¹²⁸.

Assim, se num modelo fundado no princípio dispositivo o juiz é apenas o *árbitro* do conflito, aqui se comporta como mais um *jogador*, com o claro propósito de garantir a integridade da ordem jurídica¹²⁹. Há, pois, a assunção de um *status* de protagonista pelo magistrado, que toma as rédeas da condução do processo, diligenciando o seu andamento e traçando o caminho para a decisão de mérito a ser tomada do modo mais justo possível.

Poder-se-ia questionar: mas o que justifica a concessão de mais poderes ao juiz, em vez de ampliar o controle sobre a conduta das partes? A insuficiência da segunda via

¹²⁶ OLIVEIRA, 2003, p. 24; e SOUSA, 2000, p. 25.

¹²⁷ GOUVEIA, 2007, p. 48.

¹²⁸ SCHÖNKE, Adolf. Limites de la prueba en el derecho procesal. In *Revista de Derecho Procesal*, ano XI, n.º 3, julho-agosto/1955, trad. por Ernesto Rohrbach Rojí, p. 374, 376, *passim*.

¹²⁹ MONCADA, p. 73. ALBERTO DOS REIS, em interessante analogia, visualiza o processo um navio, cujo capitão é o juiz. Às partes, que ali embarcaram espontaneamente, cumpre reconhecer e respeitar a legitimidade do comandante (REIS, 1946, p. 8).

revela-se pela vivência do *adversarial system*, onde a iniciativa da condução do processo era atribuída de modo exclusivo às partes e o alcance da verdade foi dificultado, já que ao menos uma delas – a que litigava sem razão – nunca estava interessada nessa procura¹³⁰. Verificou-se, assim, uma utilização desproporcionada dos instrumentos facultados aos litigantes para a defesa dos seus interesses, o que não raro acabava por fazer do processo um verdadeiro campo de batalha, obstando a composição materialmente justa do litígio¹³¹.

Afirma-se, em complemento, que é sob a égide do princípio inquisitivo que se possibilita uma efetiva aproximação da verdade, conferindo-se ao magistrado a capacidade para evitar que, por desconhecer os fatos ou, simplesmente, por não estar suficientemente esclarecidos sobre eles, profira decisões injustas com força de caso julgado¹³².

¹³⁰ TARUFFO, p. 178-179. Saliente-se, também, que há casos nos quais uma das partes tem capacidade reduzida para produzir a prova, o que demanda a intervenção do magistrado no exercício da sua função assistencial. Tal aspecto será abordado no item 5.3 *infra*.

¹³¹ JOLOWICZ, 1996, p. 198; e ANDREWS, 2000, p. 21. Como este último adverte, o modelo adversarial *poderia* funcionar bem se fossem adequados os comportamentos das partes e seus advogados, bem como se houvesse entre elas plena igualdade de condições (Id., p. 23). ZUCKERMAN liga tal assunto com o objeto da nota 93 *supra*, estatuinto que todo o objetivo das *Judicature Acts* se perdeu na medida em que, ao conferir um excesso de instrumentos aos litigantes para possibilitar a análise do mérito da sua postulação, as despesas processuais cresceram, prejudicando a parte menos favorecida economicamente, e, além disso, o andamento das outras ações em curso no tribunal (ZUCKERMAN, p. 227). De fato, o ideário de *justice on the merits*, que rechaçava a promoção da disciplina dentro do processo pelo juiz, privilegiando a sua função decisória, permitiu às partes agirem como bem entendiam, atrapalhando os escopos da jurisdição (Id., p. 223-224). Nos EUA, LEUBSDORF critica o mito de que, com as reformas do fim do século XIX e meados do século XX, o processo civil saiu das trevas para a luz, o que em sua visão serve apenas para justificar a manutenção do *status quo*. Ele propõe um *contra-mito*, no sentido de que a reforma processual em nada contribuiu para os custos e duração do processo, trazendo à baila pesquisas que demonstram os prejuízos da *discovery* – fase de produção das provas – ao número de conciliações e ao tempo de duração do processo (LEUBSDORF, John. *The Myth of Civil Procedure Reform. In Civil Justice in Crisis* (org. Adrian A. S. Zuckermann). Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 53 e 63-64). No mesmo sentido, RICHARD MARCUS relata que, se em tese, tal qual na Inglaterra, a *discovery* se prestava à facilitação da descoberta da verdade e ao proferimento de decisões mais justas, implementando um regime processual mais flexível, na prática tais efeitos não se concretizaram. (MARCUS, Richard L. *Malaise of the Litigation Superpower. In Civil Justice in Crisis* (org. Adrian A. S. Zuckermann). Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 72 e 86-88). HAZARD JR., de seu lado, narra a experiência americana de expansão da *discovery* documental, esclarecendo que de início era desejada uma limitação, mas o conteúdo da norma foi paulatinamente transformado sem que se pudesse prever a atuação de má-fé de alguns advogados, que agiam sem atentar ao propósito do instituto de se aproximar da verdade. A diminuição dos requisitos para a conclusão do pedido, aliada à interpretação ampliada da *Rule 26*, que permitia a juntada de documentos “*relevant to the subject matter*”, dificultaram o controle da *discovery* (HAZARD JR., p. 1682-1685). Por fim, AMALIA KESSLER destaca que o aumento da complexidade das lides multiplicou as oportunidades e incentivos para as partes manipularem o processo e seus custos, até como meio de opressão do adversário financeiramente débil. Muitas vezes, as provas pericial e documental deixaram de servir à busca da verdade, prestando-se apenas à criação de embaraços (KESSLER, p. 1189). Trata-se, em ambos os países, do fenômeno da *overdiscovery* apontado por CORSINI, que decorre da utilização em larga escala da *discovery* pelos advogados para prejudicar a defesa da contraparte e impressionar os seus clientes. De fato, a ausência de controle do juiz permitia a deturpação da verdade e a constituição da prova segundo os interesses do litigante mais forte (CORSINI, p. 1278-1279).

¹³² Refira-se, nesse particular, o quão lamentável é perceber que ainda são frequentes decisões prolatadas com base na distribuição clássica do ônus da prova nos casos de prova dividida – que sucede, por exemplo,

De fato, o consentimento de poderes ao julgador para intervir no processo com vistas à justa composição do litígio é uma tendência imparável e uma realidade quase que inevitável na maioria dos países ocidentais. Mesmo em países como a Espanha, onde historicamente prevaleceu uma concepção liberal de processo civil¹³³ – e, ainda hoje, há uma escola privatista de relevo capitaneada por MONTERO AROCA –, já são deferidos alguns poderes ao juiz, ainda que exercitáveis apenas no caso de insuficiência da atividade das partes, conforme se extrai dos arts. 429.1 e 435.2 da LEC de 2001¹³⁴. Tal circunstância, assinala PICÓ I JUNOY¹³⁵, decorre do caráter social do Estado Democrático espanhol e, igualmente, da necessária efetividade da tutela dos interesses discutidos no processo.

Os poderes instrutórios, que possibilitam ao magistrado a indicação e produção *ex officium* de meios de prova¹³⁶ são, efetivamente, os mais relevantes dentre aqueles que

quando duas testemunhas expõem versões diametralmente opostas sobre um só fato controvertido. Entende-se que o juiz, em tais situações, deve valer-se da imediação para formar o convencimento sobre a maior credibilidade de uma das testemunhas – já que lhe é vedado o *non liquet* –, em vez de simplesmente *lavar as mãos* como um juiz *Pilatos* e *aplicar* a regra legal de cunho formalista sem cumprir o seu dever de realizar a justiça no caso concreto. Conforme salienta BARBOSA MOREIRA, “julgar segundo as regras de distribuição do ônus não é atitude que tranquilize de todo o juiz consciente de sua responsabilidade: ele atira no escuro, pode acertar o alvo, mas pode igualmente errar, e sua sentença injusta produzirá na vida dos litigantes efeitos diversos dos queridos pelo ordenamento, quando não diametralmente opostos” (MOREIRA, 2005, p. 8). Uma elogiável exceção foi percebida no julgamento da RT nº 0010439-75.2013.5.05.0026, em trâmite na 26ª VT/SSA. Naquele processo, em que se discutia a prestação de horas extras pelo trabalhador, as testemunhas arroladas prestaram depoimentos contraditórios, tendo o juiz, por isso, decidido ouvir uma terceira pessoa que exercia função idêntica à do autor e havia sido citada por ambas as partes e pela testemunha arrolada pela ré. Como esta pessoa não estava presente no dia da audiência, o magistrado ordenou que fosse realizada uma ligação para ela, via *FaceTime*, e na mesma ocasião colheu o seu depoimento, sanando a dúvida sobre a credibilidade da prova produzida em juízo.

¹³³ Cfr., a esse respeito, a retrospectiva histórica empreendida por MONTERO AROCA, passando pelos modelos de *Las Partidas*, de *Los Procesos Plenarios Rápidos* e das LEC’s de 1855 e 1881, onde sempre vigeu a ideia de que ao juiz cabiam poucos poderes de intervenção no processo, competindo às partes a defesa dos seus interesses, ainda que isso implicasse a sua postergação (AROCA, 2001, p. 15-45).

¹³⁴ A nova codificação eliminou as *diligencias para mejor proveer* do regime anterior. Por meio destas, o magistrado poderia, após a instrução, determinar de ofício a produção de provas, evitando o julgamento com base em fatos falsos (FENECH; CARRERAS, p. 262). O TS, contudo, sustentava que tal faculdade não poderia ser exercida para suprir a inação das partes, afirmando a doutrina, ademais, que somente nos casos de resultados inverossímeis, ou quando as partes tivessem cometido erros involuntários, as *diligencias* poderiam ser postas em prática (Id., p. 262-263). De todo modo, ao juiz ainda é dado promover sugestões de provas quando se aperceber da insuficiência da tarefa das partes, tendo tal ato inquestionável força persuasiva (TARUFFO, p. 171-172). MONTERO AROCA, porém, minimiza a inclusão dos dispositivos na LEC, aduzindo que se trata de mera solução de compromisso entre o projeto de lei tipicamente liberal e as emendas de cunho autoritário que foram aprovadas, e conclamando os magistrados a fazerem de tais prescrições letra morta com a omissão no exercício da faculdade (AROCA, 2001, p. 123).

¹³⁵ JUNOY, p. 123.

¹³⁶ Conforme assinalado no início do capítulo 2, os poderes instrutórios não constituem o foco do presente estudo. Para uma melhor compreensão das formas como podem ser exercidos, remete-se à leitura dos arts. 411º, 436º, 452º, 477º, 490º/1, 498º/2 e 526º/2 do CPC/PT; no Brasil, a concessão é feita de modo genérico por meio do art. 130 do CPC/BR. Alguns exemplos desses poderes também são encontrados em SOUSA, 1997, p. 75 e GOUVEIA, 2007, p. 60. O certo é que, nos regimes dos CPC/PT de 1939 e 1961, a atividade

decorrem do princípio inquisitivo, na medida em que com o seu exercício o processo se organiza como uma verdadeira pesquisa oficial¹³⁷.

Há, entretanto, ao seu lado, os poderes de disciplina e de impulsão, a cuja existência atenta ALBERTO DOS REIS¹³⁸. Para ele, os primeiros são o polo oposto dos instrutórios, visto que, se de um lado a atividade probatória do julgador ganha relevo nos casos em que as partes são omissas ou atuam deficientemente, de outro incumbe ao juiz cortar os excessos da atuação delas para compor o litígio com a maior brevidade possível. Quanto aos segundos, afirma-se que concernem à prática dos atos necessários ao andamento do feito, desde que respeitadas a segurança das partes e a finalidade do processo.

A referida profusão dos poderes sempre foi objeto de críticas por conta do receio de submissão a um juiz imparcial, assistencialista e despreocupado com as garantias de que são titulares as partes. É certo, todavia, que esse entendimento deriva em grande medida do contexto histórico no qual os diplomas que consagraram tais poderes foram editados¹³⁹.

O diploma processual editado na ditadura socialista soviética é um exemplo típico do modelo inquisitivo extremo, tratado por PESSOA VAZ¹⁴⁰, e que constitui a antítese do sistema dispositivo extremo. Nesse regime, são atribuídos ao Estado verdadeiros poderes de disposição sobre direitos subjetivos, não se respeitando a vontade das partes sequer no que se relaciona à propositura da ação e à delimitação do seu objeto. Nessa perspectiva, natural que se atribuam ao juiz os mais amplos poderes instrutórios e até mesmo inquisitórios, possibilitando a utilização de qualquer elemento que se repute relevante para a boa resolução da lide; às partes, impunha-se tão somente cumprir deveres negativos e positivos dirigidos à descoberta da verdade. Ao regime soviético assemelha-se, em grande

cognitiva do juiz manteve-se sempre influenciada pelo princípio dispositivo, pois somente poderia dizer respeito aos fatos alegados (MACHADO; PIMENTA, p. 115-127).

¹³⁷ DIDIER JR., 2010, p. 43.

¹³⁸ REIS, 1946, p. 12. Os poderes de disciplina e impulsão inserem-se, no atual regime lusitano, no âmbito da gestão processual (art. 6º do CPC/PT), que será objeto de estudo adiante no tópico 4.2.

¹³⁹ A correlação é promovida sobretudo pelos defensores do garantismo processual. No particular, em alusão aos ordenamentos italiano, espanhol, português, soviético e alemão, cfr. AROCA, Juan Montero. Primeira Jornada Internacional sobre Processo Civil e Garantia – Moção de Valencia. In *Revista do CEJ*, n.º 4, 2006, p. 245; CIPRIANI, Franco. Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie. In *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano LVI, n.º 4, 2002, p. 1244-1246; e MENDONÇA, p. 78-79.

¹⁴⁰ VAZ, p. 113-130. A disciplina desse modelo se assemelha à do processo penal inquisitório, referindo-se o autor a essa proximidade com a sugestiva expressão “criminalização do processo civil”, de origem alemã.

medida, a ZPO/AL de 1933, editada pelo regime nazista, onde inclusive se defendia a absorção da Justiça pela administração do Estado¹⁴¹.

A ZPO/AU de 1895, criada sob um regime imperial e fundada na busca, por FRANZ KLEIN, do bem-estar no processo; e, bem assim, o CPC/IT de 1940, com origem na vigência do regime fascista e corporativista daquele país, são outros exemplos de codificações europeias surgidas em contextos políticos antidemocráticos.

Em Portugal, já em 1926, na sequência da implantação do Estado Novo, foi editado o Decreto 12.353, de 22/09, que promoveu a substituição de um arquétipo de juiz inerte e passivo para um juiz ativo com amplos poderes, sobretudo instrutórios¹⁴². A reforma, conduzida por ALBERTO DOS REIS, visou instituir um modelo menos formalista e teórico de processo, adequado às novas tecnologias e com reforço dos poderes do magistrado no controle da audiência e da produção da prova¹⁴³; afastou-se, com isso, do princípio dispositivo, sem, todavia, a rigidez dos sistemas soviético e nazista¹⁴⁴.

No Brasil, o influxo publicista deu origem, na vigência do Estado Novo, ao CPC/BR de 1939, pelo qual se buscava, segundo MOACYR AMARAL SANTOS, a consagração de um processo mais popular e de regras mais acessíveis ao cidadão ordinário, evitando-se convertê-lo em instrumento de dominação de umas classes sobre outras¹⁴⁵. O diploma, que consagrava os princípios da oralidade, concentração e imediação, atribuindo ao juiz um papel ativo na condução do processo, sofreu inequivocamente a influência dos trabalhos produzidos em Áustria e na Alemanha, com destaque para o instituto do despacho saneador, bastante similar ao *erste Tagsatzung* da ZPO/AU de 1895¹⁴⁶.

Há, de fato, uma tendência a atribuir a pecha do autoritarismo aos sistemas processuais acima mencionados, em virtude do protagonismo assumido pelo juiz, que

¹⁴¹ OLIVEIRA, p. 23.

¹⁴² REIS, 1946, p. 8.

¹⁴³ RAMOS, p. 924-932.

¹⁴⁴ Nesse sentido, cfr. MONCADA, p. 85; e MACHADO; PIMENTA, p. 115.

¹⁴⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. Contra o processo autoritário. In *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, volume LIV, fascículo II, 1959, p. 213. O autor, na p. 228, se revela um adepto da corrente publicista do processo civil.

¹⁴⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A influência do processo civil alemão em Portugal e no Brasil. In *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 51, n.º 1, abril/1991, p. 35-36. O autor noticia que o ideário publicista já era difundido no Brasil desde o século XIX, ilustrando a sua posição em dois exemplos: (i) a existência de um anexo ao Código de Processo Criminal, intitulado Disposição Provisória acerca da Administração da Justiça Civil, onde se perfilhavam algumas das ideias inspiradoras das reformas europeias referidas; e (ii) o Código do Estado da Bahia sobre processo, de 1915, cujo art. 127 contemplava uma alargada iniciativa oficial na determinação das medidas probatórias (Id., p. 30 e 33).

decorre dos poderes a ele deferidos. Assim, MARIANA GOUVEIA preconiza que “*o processo autoritário caracteriza-se pela maximização da função do juiz no processo, fazendo dele o sujeito processual mais relevante*”, na medida em que os seus poderes não se limitam à mera formalidade do procedimento, mas passam a interferir no mérito da causa. A autora critica, também, o fato de na comunidade de trabalho idealizada por FRANZ KLEIN se exigir o cumprimento de vários deveres pelas partes, sem equivalência com as posições jurídicas ativas consentidas ao julgador¹⁴⁷. Na mesma linha, e externando uma legítima preocupação com as garantias das partes, diz TEIXEIRA DE SOUSA que o modelo oral, conjugado com a ampliação dos poderes do juiz, que adotou o CPC/PT de 1939 “*impossibilitava, na prática, o controlo do julgamento de facto pela segunda instância*”¹⁴⁸.

Cumprе esclarecer, porém, com amparo na doutrina de CABRAL DE MONCADA, que o autoritarismo só pode ser imputado às codificações do século XX na medida da assunção, pelo Estado, da tarefa de determinar os fins a que se propõe a ordem jurídica, fazendo do processo um instrumento de efetivação do direito, que prevalece sobre os interesses privados – inexistе, pois, ao menos em abstrato, espaço para confundi-lo com tirania¹⁴⁹. Destarte, ainda que o discurso político subjacente a essa construção dogmática reclame tal excesso¹⁵⁰, o reforço da autoridade judicial não implica um seu exercício despótico.

É certo que os diplomas processuais que estabeleceram uma gama maior de poderes ao julgador, nomeadamente os referidos neste trabalho, surgiram em contextos de regimes políticos autoritários, contudo, tal assertiva não permite extrair a consequência de que também os modelos de processo se revestiam desta característica. BARBOSA MOREIRA

¹⁴⁷ GOUVEIA, 2007, p. 49 e 56. Registre-se, porém que a autora, embora alerte para tal risco, não promove uma correspondência imediata entre os fenômenos do autoritarismo e do publicismo processual.

¹⁴⁸ SOUSA, 2000, p. 20.

¹⁴⁹ MONCADA, p. 77-80.

¹⁵⁰ De fato, o CPC/BR de 1939 e o CPC/IT de 1940 são amostras exemplares do conflito entre os ideários político – traduzido na exposição de motivos – e jurídico – consubstanciado no texto da lei – no processo. Sobre o diploma europeu, destaca-se que o seu conteúdo não se confunde com o da *Relazione al Re*, encomendada pelo regime fascista, pois a lei em Itália não permitia a eliminação do poder dos indivíduos de tutelarem a sua própria posição jurídica (VERDE, Giovanni. Las ideologias del proceso en un reciente ensayo. In *Proceso Civil e Ideología* (coord. Juan Montero Aroca). Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 72-73); no mesmo sentido, pontuando que o CPC/IT consagra o princípio dispositivo, cfr. TARUFFO, p. 167. No Brasil, BARBOSA MOREIRA assinala que a invocação de princípios políticos tinha caráter acentuadamente retórico (MOREIRA, 1991, p. 37); MOACYR AMARAL SANTOS acrescenta que, apesar do inflamado discurso político da Exposição de Motivos, o código não evitou a conciliação das ideias de autoridade do juiz e liberdade das partes, em respeito ao princípio dispositivo (SANTOS, p. 221-223).

e MICHELE TARUFFO¹⁵¹ evidenciam de forma cabal a incongruência da correlação direta entre autoritarismo político e processual, expondo vários exemplos para reforçar a sua tese.

De um lado, verifica-se a vigência de leis ou ideias processuais democráticas no âmbito de regimes políticos autoritários¹⁵², a saber: (i) o CPC/IT de 1876, durante o regime fascista, até 1942; (ii) a ZPO/AU de 1815 no Império Austro-Húngaro, até ser substituída pelo diploma de 1895; (iii) o CPC/FR de 1806, no ápice do império napoleônico; (iv) a LEC de 1881, ao longo de toda a ditadura franquista; e (v) a implementação das ações popular e civil pública no Brasil, nos anos 70 e 80, estando em curso a ditadura militar.

Em perspectiva diversa, diversos regimes políticos democráticos conviveram – e convivem – com o reforço da autoridade judicial no processo civil. Assim: (i) o atual CPC/FR, de 1975, concede amplos poderes instrutórios ao juiz, em oposição regime liberal anterior¹⁵³; (ii) a ZPO/AL, na reforma de 2001, seguiu a tendência de reforço dos poderes do juiz¹⁵⁴; (iii) na vigência da Constituição de Weimar, de cunho republicano, sustentou-se o reforço da autoridade do juiz e o abrandamento da *Verhandlungsmaxime*¹⁵⁵; e (iv) a Lei

¹⁵¹ MOREIRA, 2005, p. 4-7; e TARUFFO, p. 163-164 e 168. Na esteira da nota 91 *supra*, outros autores perfilham o mesmo entendimento, a exemplo de DIDIER JR., 2010, p. 45; MONCADA, p. 68; e JUNOY, p. 117. Este último resume a questão de forma muito elucidativa, afirmando que “*la bondad técnica (o validez) de una norma depende de su propio contenido y alcance, más que de la época en que haya sido redactada, de la ideología de su autor o de la forma en que se aplique en la práctica forense, por lo que pueden existir códigos procesales de gran rigor científico o técnicamente incorrectos con independencia del carácter más o menos liberal o social del régimen político en que se fueran creadas*”.

¹⁵² Na linguagem de CORREIA DE MENDONÇA, esses são exemplos de contaminação benigna pelo vírus autoritário que infectou o processo civil no gênio de FRANZ KLEIN e, a partir dele, foi transmitido para vários ordenamentos europeus ao longo do século XX (MENDONÇA, p. 67-70).

¹⁵³ Vê-se em JOLOWICZ, 1996, p. 202-208, que o modelo dispositivo extremo prevaleceu em França até 1935, quando se conferiu ao juiz os poderes de indeferir medidas protelatórias e acompanhar o procedimento, realizando conferências com as partes para passar as suas impressões sobre o andamento do feito, contudo sem força vinculativa (*le juge charge de suivre la procédure*). Como a posição ativa consentida ao magistrado não foi suficiente à contenção dos abusos das partes, em 1965 foi implantado o modelo posteriormente consagrado no CPC/FR de 1975, no bojo do qual o julgador poderia ordenar as direções a serem seguidas e punir as partes no caso de descumprimento (*le juge de la mise en état*). A atividade instrutória era exercida de forma secundária à das partes e respeitava os limites de fato por elas estabelecidos, mantendo, portanto, a eficácia do princípio dispositivo.

¹⁵⁴ Não houve, porém, uma consagração em termos gerais como em Brasil e Portugal (GOTTWALD, Peter. Civil Procedure in German after the Reform Act of 2001. In *Civil Justice Quarterly*, n.º 23, 2004, p. 341).

¹⁵⁵ Em verdade, conquanto a ZPO/AL de 1877 tenha se fundado numa ideologia liberal e sido direcionada à classe burguesa, o seu conteúdo já era contestado nos primeiros anos de vigência, visto que as partes e seus advogados utilizavam as suas faculdades para atrasar a resolução das disputas, evitando a discussão dos fatos e adiando ao máximo a conclusão do feito. Com a ZPO/AU de 1895, a concepção social do processo (*soziale Prozeßauffassung*) se difundiu e em 1909 foi instituída a direção pelo juiz – com poderes de discutir os fatos em litígio com as partes, obter informações e convocar testemunhas, peritos e partes –, mas apenas para alguns casos. Em 1924, já sob a Constituição de Weimar, foi extinto o controle das partes sobre prazos e audiências, até que em 1933 consagrou-se o dever de verdade (GOTTWALD, 2003, p. 207 e 226-228).

9.099/95, no Brasil, promoveu a criação de um procedimento especial para causas de pequeno valor em que o juiz é dotado de significativos poderes instrutórios.

Verifica-se, destarte, que a circunstância de os poderes do juiz serem reforçados não é, por si só, inconciliável com a da construção de um processo em moldes democráticos, podendo ambas conviver harmonicamente, com benefícios para os cidadãos que submetem os seus pleitos ao Estado-juiz na expectativa da realização de justiça¹⁵⁶. Paradigmáticos, nesse particular, são os exemplos da Inglaterra e dos EUA.

Ali, mesmo após a edição, nos EUA, do *Field Code* em 1848 e das FRCP em 1937, e do *Evidence Act* na Inglaterra em 1938 – diplomas que n'alguma medida revigoraram os poderes do juiz¹⁵⁷ –, o modelo adversarial manteve-se em formato robusto, com ampla disponibilidade das partes sobre o processo¹⁵⁸, cujo fim era a satisfação dos seus interesses.

Sucede que, nas últimas décadas do século XX, ante a conduta das partes nociva à conclusão do processo (vide nota 131 *supra*), iniciou-se na doutrina e na jurisprudência um movimento com vistas a limitar-lhes as ações, tolhendo muitos dos *estéreis* instrumentos de que faziam uso, a fim de que fosse proferida a decisão *justa* para o problema judicando, e não apenas uma decisão de mérito *qualquer*¹⁵⁹. Percebeu-se, como descreve JOLOWICZ, que “*judicial decisions should [...] aim at substantive as well as procedural justice*”¹⁶⁰ – para tanto, era necessário um maior poder de intervenção do tribunal sobre o processo, assegurando que este marchasse do modo devido até a prolação da sentença¹⁶¹.

Na Inglaterra, o movimento descrito culminou na edição, com base nos relatórios de LORD WOOLF, das CPR em 1998, que representaram a maior reforma processual daquele país desde os *Judicature Acts* de 1875¹⁶². Esse diploma apresentou duas significativas inovações: (i) a implementação do *active case management*, objeto de estudo

¹⁵⁶ Antes, são fatores que se potencializam mutuamente, já que em regimes políticos autoritários é comum reduzir a independência dos juízes à sua imparcialidade e reforçar a autoridade do chefe do Executivo, a quem aqueles devem ser leais (MOREIRA, 2005, p. 5; e SANTOS; MARQUES; PEDROSO; FERREIRA, p. 36-37); a concepção social de processo, porém, exige efetiva independência do julgador (VERDE, p. 75).

¹⁵⁷ VAZ, p. 138.

¹⁵⁸ JOLOWICZ, 1990, p. 278-279; e ANDREWS, 2000, p. 22.

¹⁵⁹ ZUCKERMAN, p. 227-229.

¹⁶⁰ JOLOWICZ, 1996, p. 210

¹⁶¹ ANDREWS, 1994, p. 44-45 e 50-51. A doutrina inglesa, porém, aqui representada pela figura de JOLOWICZ, pontuou veementemente que tal circunstância não implicava a desconsideração do princípio dispositivo, com o qual se deveria conciliar o novo arquétipo do juiz – cfr., nas três obras consultadas do autor: JOLOWICZ, 1990, p. 270-271 e 279; 1996, p. 198-200; e 1998, p. 881.

¹⁶² ANDREWS, 2000, p. 19-20.

do item 4.2 *infra*; e (ii) a transferência do controle da fase instrutória (*discovery*) das partes para o juiz, tudo com vistas a se aproximar da verdade e julgar o pedido de forma justa¹⁶³.

Conforme noticia ANDREWS, o juiz passou a ter efetivo controle sobre a atividade probatória, sobretudo nos procedimentos *multi track*, que envolvem valores mais altos e também matérias mais complexas¹⁶⁴. Com efeito, já é dado ao magistrado definir os pontos que serão objeto de prova, a ordem de sua produção, e até a sua limitação ou indeferimento quando a diligência instrutória se revele nociva à efetividade do processo. Cabe ao julgador, ainda, a indicação de pontos de fato, mesmo não principais, que devam ser clarificados ou suplementados pelas partes, algo impensável anos atrás na Inglaterra. Não se deve surpreender, portanto, ante o pleno conhecimento das provas por parte do juiz antes do *trial*, que a *Rule 31* das CPR tenha alterado a nomenclatura de *discovery* (“descoberta”) para *disclosure* (“revelação”).

Nos EUA, embora não tenha havido um marco como as CPR, assistiu-se desde os anos 70 a uma gradual e assistemática assunção do *case management*, o que se deveu à injustiça dos resultados advindos do modelo da *litigation superpower*. Foi instituído o controle do magistrado sobre a *discovery* até que se alcançasse a *disclosure*, já na década de 90, com a definição do número de interrogatórios e a limitação da conduta durante os depoimentos. Assim, o tratamento condescendente destinado as partes deixou de existir, estabelecendo-se medidas mais drásticas e o cumprimento de diversos deveres¹⁶⁵.

Para RICHARD MARCUS, embora tal movimento tenha restringido o ideário liberal, reduzindo os instrumentos disponibilizados para as partes, não foi rejeitado o princípio dispositivo – buscou-se, inclusive, uma solução de compromisso com a redução da rigidez

¹⁶³ JOLOWICZ, 1996, p. 209-210.

¹⁶⁴ ANDREWS, 2000, p. 25-26, 28 e 33. Chamam a atenção, especialmente, as *Rules 1.4* e *18.1*, pelo seu nítido caráter revolucionário. Para MICHELE TARUFFO, inclusive, os poderes concedidos ao juiz na Inglaterra não são menos intensos do que os da média dos países da Europa continental (TARUFFO, p. 171).

¹⁶⁵ MARCUS, p. 96-101. O autor ainda noticia que nos anos 80 foi instituído o dever de boa-fé processual. Em verdade, sobretudo após o *Civil Justice Reform Act* de 1990, foi instituído um controle e supervisão da *discovery* pelo juiz, para evitar um prolongamento excessivo que prejudicasse a parte débil da relação jurídica processual (Id., p. 102-103). Tal como na Inglaterra, o juiz americano já pode, por sua iniciativa – que deve ser subsidiária e complementar à das partes –, arrolar testemunhas diversas das indicadas quando sua oitiva for necessária para a aproximação da verdade (CORSINI, p. 1282-1284). Houve também um encorajamento à promoção de conferências destinadas à limitação do escopo, tempo e natureza da *discovery*, bem como a fiscalizar o cumprimento do plano estabelecido por meio da pessoa do *master*, inspirado no regime das *equity courts* vigente até o século XIX (KESSLER, 1191-1192). Por fim, o magistrado pode ainda impelir os advogados a usarem o meio de prova menos caro e impedir que o custo se torne desproporcional à complexidade dos temas controvertidos, sujeitando as partes a sanções no caso de descumprimento das suas ordens (SCHWARZER, William W.; HIRSCH, Alan. *The Elements of Case Management: A Pocket Guide for Judges*. Washington: Federal Judicial Center, 2ª ed., 2006, p. 10).

do *fast track* californiano na década de 90, atendendo a apelos dos causídicos¹⁶⁶. O autor, contudo, prefere a autoridade do juiz à liberdade de conduta dos advogados no processo¹⁶⁷.

Estando, pois, assente que um processo civil democrático não repele, antes demanda, a presença de um juiz atuante na sua condução, passa-se a estabelecer a forma como os seus poderes devem ser exercidos. Nesse contexto, máxime evitar a “*deificação*”¹⁶⁸ ou “*santificação*”¹⁶⁹ do juiz, porquanto são as partes as principais interessadas na composição da lide, impondo-se-lhes o ônus de provocar o julgador para dar andamento ao feito, ante a existência de outras ações das quais ele deve cuidar¹⁷⁰. Rechaça-se, pois, a figura do juiz *Hércules*, que envida esforços descomunais para alcançar um objetivo sem oportunizar aos principais interessados que o façam.

É saber: o juiz, no âmbito dos poderes instrutórios, de disciplina e de impulsão, deve atuar de forma *subsidiária* e *complementar* às partes – o que se reveste de especial relevo quanto aos primeiros, porquanto se relacionam diretamente com o *meritum causae*. Assim, num processo pretensamente democrático, somente se ordenará de ofício a produção da prova quando as partes – a quem será conferida primazia – forem omissas ou atuarem de forma insuficiente para o esclarecimento da controvérsia suscitada¹⁷¹.

Ademais, por não ser possível pré-determinar o teor da prova, o juiz deve atender a outros requisitos no exercício dos poderes instrutórios, para evitar uma atuação parcial. São eles: (i) a admissibilidade do meio de prova; (ii) a necessidade da prova para o apuramento da verdade; e (iii) a cognoscibilidade dos fatos que se pretende provar¹⁷².

Satisfeitos os requisitos elencados, o magistrado será *impelido* a praticar a diligência cabível – é que os seus poderes são instrumentais, ou seja, dedicam-se ao

¹⁶⁶ MARCUS, p. 100 e 107.

¹⁶⁷ MARCUS, p. 110. LEUBSDORF, de seu lado, critica a sanha reformista nos EUA e sustenta que não se deve esquecer completamente o modelo passado, advertindo que mudanças drásticas no sistema processual revelam que nem tudo está se movendo na direção desejável (LEUBSDORF, p. 66).

¹⁶⁸ A expressão se encontra em COUTURE, p. 49, que adverte para a possibilidade de excessos na concessão de poderes ao juiz, sustentando que ele não será responsável por resolver todos os conflitos intersubjetivos, muitos dos quais são compostos até mesmo sem a necessidade de provocação do Judiciário.

¹⁶⁹ DEL CLARO, p. 206. Para o autor, o magistrado no Brasil tornou-se “o último bastião da República”.

¹⁷⁰ REIS, 1946, p. 13. O autor liga tal encargo à possibilidade de extinção da instância por inação das partes.

¹⁷¹ A doutrina é quase pacífica no que concerne a essa exigência. Cfr., a propósito, TARUFFO, p. 173 e 180-181; JORGE, 2007, p. 75; e REIS, 1933, p. 233, e 1946, p. 11; e CASANOVA, J. F. de Salazar. A janela de oportunidade do Novo Código de Processo Civil. In *Julgar*, n.º 23, maio-agosto/2014a, p. 13. O caso narrado na nota 132 *supra* constitui exemplo da subsidiariedade da iniciativa probatória, em respeito à incidência, ainda que mitigada, da autorresponsabilidade das partes. Em sentido contrário, entende-se que a concessão de um poder instrutório geral permite a atuação do juiz sem caráter supletivo, o que poderia dar margem a condutas imponderadas e subjetivas, configurando até mesmo um pré-julgamento (NETO, 1997, p. 303-304).

¹⁷² JORGE, 2007, p. 74-75.

atingimento de um fim estabelecido pela ordem jurídica – a justa composição do litígio. Não se trata, logo, como soía sustentar¹⁷³, de uma mera faculdade do julgador: o interesse público de que se reveste a procura da verdade impossibilita a *escolha* do magistrado de praticar ou não o ato¹⁷⁴. Há, efetivamente, um *poder-dever* ou *poder funcional*¹⁷⁵.

Ante a condição de poderes-deveres atribuída às posições jurídicas assumidas pelo juiz na condução do processo, o seu exercício torna-se objeto de controle, a fim de garantir o respeito aos direitos das partes. Tal sindicabilidade, mesmo face à ineliminável parcela de discricionariedade cabível em algumas situações – na determinação, por exemplo, da importância de produzir uma certa prova –, será mantida se houver omissão no cumprimento de tais deveres, desde que a parte tenha atuado com diligência, mas, por algum motivo, não se lhe tenha possibilitado a prática do ato necessário à boa composição da lide – no caso, a produção de prova essencial ao esclarecimento da matéria discutida¹⁷⁶.

O reforço dos poderes do juiz, portanto, não significa a sua indeterminação. Com efeito, se o recrudescimento deles tinha por fim a proteção do interesse da coletividade, é indevido convertê-los em instrumentos de arbítrio, com prejuízo das garantias dos litigantes e dos cidadãos como um todo¹⁷⁷ – o juiz pode, afinal, participar sem ser parcial; inquirir sem ser inquisidor; e exercer autoridade sem ser autoritário¹⁷⁸.

3.2 OS PODERES-DEVERES INQUISITÓRIOS DO JUIZ

Estabeleceu-se, no último tópico, a possibilidade de o juiz determinar por sua própria iniciativa a produção de provas no âmbito de um processo democrático, desde que respeite os limites factuais fixados pelos litigantes e, também, o caráter complementar e subsidiário dessa atividade. A questão de que ora se ocupa este estudo é: *e quanto a fatos não alegados, pode o julgador utilizá-los de ofício na formação do seu convencimento*,

¹⁷³ Refletindo a posição dominante no início do século passado, REIS, 1933, p. 212.

¹⁷⁴ JOLOWICZ, 1990, p. 269-270.

¹⁷⁵ O próprio ALBERTO DOS REIS, em revisão do seu entendimento pretérito, passou a atribuir tal natureza aos poderes do juiz (REIS, 1942, p. 2 e 9), sendo acompanhado, no particular, por JORGE, 2007, p. 63-65; NETO, 1997, p. 303; e REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Coimbra: Almedina, vol. I, 2ª ed., 2004, p. 260.

¹⁷⁶ JORGE, 2007, p. 76-79. BARBOSA MOREIRA adverte que a omissão do juiz também pode macular a garantia da imparcialidade, quando favorece a parte desinteressada na procura da verdade (MOREIRA, 2005, p. 9).

¹⁷⁷ OLIVEIRA, 2003, p. 24-25; e DEL CLARO, p. 205-206. Como salienta PICÓ I JUNOY, há uma diferença entre o juiz autoritário e aquele comprometido com a obtenção da justa solução para o conflito, o que justifica a consagração dos poderes instrutórios nos Estados democráticos modernos (JUNOY, p. 127).

¹⁷⁸ JORGE, 2007, p. 84. O autor esclarece que o enfraquecimento do *potencial* autoritarismo judicial também se revela pela maior dificuldade em atacar a omissão do ato do que o seu exercício comissivo (Id., p. 82).

mitigando o ônus das partes de alegá-los? Tal aproveitamento consiste no exercício de um *poder-dever inquisitório* por parte do julgador.

Segundo as lições de PESSOA VAZ, são quatro os comportamentos que podem ser adotados pelo juiz sobre o conhecimento de fatos: (i) limitar-se ao que alegou a parte interessada; (ii) aproveitar o alegado por qualquer um dos litigantes; (iii) conhecer os fatos evidenciados no curso da instrução; e (iv) valer-se de todos os fatos de que tenha conhecimento, ainda que obtido fora do processo, em privado¹⁷⁹. Decerto, as soluções (i) e (iv) são típicas de modelos extremos de individualismo e publicismo, respectivamente, e já não encontram exemplos nos ordenamentos ocidentais hodiernos, impondo-se a referência a sistemas pretéritos como o do *Code Napoléon*, em França, para o primeiro caso; e dos Códigos Nazista e Soviético das primeiras décadas do século XX, para o segundo.

Relativamente às hipóteses (ii) e (iii), a adoção de uma ou outra depende do modo como se compreende o regime preclusivo a respeito da alegação da matéria de fato, e do valor que se atribui ao conhecimento do *meritum causae* mesmo no caso de deficiência na postulação. Assim, por exemplo, o juiz no Brasil está limitado ao alegado pelas partes, conforme os arts. 128 do atual e 141 do Novo CPC/BR. Na Alemanha, a ZPO/AL optou fundamentalmente pela iniciativa das partes, em detrimento de um modelo inquisitorial no âmbito do aporte de fatos ao processo¹⁸⁰. Já em Portugal, verifica-se uma maior flexibilidade, na medida em que o art. 5º do CPC/PT permite o conhecimento officioso de fatos instrumentais e, ainda, a manifestação da parte sobre o seu interesse no aproveitamento de fatos complementares ou concretizadores, desde que tenham todos esses sido provados durante a instrução. Além disso, os fatos notórios ou de conhecimento prévio do tribunal podem integrar, *ex officium*, a base de formação do convencimento do juiz – no Brasil, pela inteligência do art. 334 do CPC/BR, ainda que se dispense a produção de prova da sua ocorrência, exige-se a alegação tempestiva pelas partes¹⁸¹.

De fato, até a reforma do processo civil português de 1995/1996, a atividade do magistrado permanecia rigorosamente limitada pela disponibilidade das partes no exercício dos seus direitos, tendo elas o controle do poder cognitivo do órgão jurisdicional¹⁸². Com a

¹⁷⁹ VAZ, p. 82-83.

¹⁸⁰ JAUERNIG, p. 136.

¹⁸¹ Diz o dispositivo em apreço que é prescindível a prova dos fatos notórios, silenciando sobre a necessidade de sua alegação, pelo que prevalece o teor do já citado art. 128 do CPC/BR. Igual dúvida existia em Portugal na vigência do CPC/PT de 1939, ante a similaridade da norma então vigente (VAZ, p. 83).

¹⁸² MACHADO; PIMENTA, p. 127-128.

reforma, foi mitigado o regime preclusivo da alegação de fatos, evitando que muitas ações deixassem de ter o mérito julgado por conta da inconcludência da postulação, o que facilitou o efetivo acesso à justiça pelos indivíduos em posição de desvantagem na configuração da relação jurídica processual¹⁸³.

Não se pode olvidar que, muito antes da referida reforma, já havia defensores da possibilidade de aproveitamento de fatos provados, ainda que não alegados pelas partes. PESSOA VAZ, em estudo datado de 1946 no qual se debruçou sobre acórdão em que um fato de natureza *principal* foi conhecido porque provado nos autos, embora sem alegação de nenhuma das partes, sustentou que tal aproveitamento não colidia com a imparcialidade do juiz, porquanto este não era o responsável pelo aporte dos fatos ao processo quando estes surgiam provados no curso da instrução; do mesmo modo, não havia prejuízo aos ônus das partes, visto que a aproximação da verdade material também era desejada por elas¹⁸⁴.

Também no Brasil, onde o regime preclusivo ainda mantém a sua tradicional rigidez, ÁLVARO DE OLIVEIRA preconiza a relativização do aforismo *da mihi factum, dabo tibi ius* em sua primeira parte, aduzindo que a indicação do material de fato não deve mais ser prerrogativa apenas das partes. Para o autor, se cabe a elas indicar os fatos constitutivos da *causa petendi*, não se deve obstar ao juiz o conhecimento dos fatos secundários, como os notórios ou pertencentes à experiência comum; nem dos fatos que, embora principais, envolvam matéria de ordem pública ou fulminem a pretensão deduzida em juízo, salvo quando representarem exceção verdadeiramente substancial¹⁸⁵.

Há, pois, um movimento consolidado de redução da rigidez do formalismo de que se reveste o sistema preclusivo quanto à alegação da matéria de fato. O atual CPC/PT atesta tal visão na Exposição de Motivos, onde se afirma desejar a “*possibilidade de, ao longo de toda a tramitação, (...) vir a entrar nos autos um acerto factual merecedor de consideração pelo tribunal com vistas à justa composição do litígio*”¹⁸⁶.

¹⁸³ TEIXEIRA DE SOUSA e LOPES DO REGO recepcionaram com satisfação o regime fixado pela reforma dos anos 90, sobretudo pela sua flexibilidade e matização da rigidez preclusiva da alegação de fatos pelas partes (SOUSA, 1997, p. 70; e REGO, 2004, p. 254). A maior facilidade de acesso à justiça, com o afastamento de formalismos para possibilitar, sempre que possível, a apreciação do mérito do pedido, também se defende em JOLOWICZ, 1990, p. 265-266. Ali, conquanto se aborde a exigência de verificação prévia, pelo tribunal, da pertinência do *judicial review*, a ideia transmitida é a mesma.

¹⁸⁴ VAZ, p. 85-86 e 169-171.

¹⁸⁵ OLIVEIRA, p. 32-33.

¹⁸⁶ Destaque-se a substituição, no atual regime, da base instrutória pelos temas de prova, de modo a reduzir a rigidez do formalismo, permitindo a produção de provas sobre questões amplas discutidas na causa, e não a fatos específicos pré-determinados. Assim, fatos novos que não tenham constado da enunciação dos temas de

Conforme se extrai da normatividade do art. 5º, n.º1, do CPC/PT, compete à parte autora alegar, na petição inicial, apenas os fatos essenciais à conclusão do pedido, assim entendidos os que integram o enunciado normativo e são indispensáveis à identificação da causa de pedir¹⁸⁷. As demais categorias factuais encontram-se, n'alguma medida, sujeitas à inquisitorialidade do tribunal, na forma adiante exposta.

Com efeito, o art. 5º, n.º 2, al. “b”, interpretado em conjunto com o art. 590º, n.º 4, ambos do CPC/PT, permite o conhecimento de fatos que, embora também imprescindíveis à procedência da postulação, não se sujeitam à rigidez preclusiva dos essenciais, na medida em que podem ser aproveitados após manifestação de uma das partes, quando provocada pelo juiz nesse sentido a partir da prova da sua ocorrência no curso da instrução. Trata-se dos fatos complementares ou concretizadores, emergindo os primeiros na hipótese de aglutinação de vários fatos juridicamente relevantes relativos a um só pedido, e os segundos no caso de pormenorização da questão de fato inicialmente alegada¹⁸⁸.

Há aqui, pois, uma necessidade de a parte, de algum modo, manifestar o seu interesse no aproveitamento do fato – em uma espécie de alegação tardia –, mesmo que somente o faça após provocação do juiz. Dessa forma, tal espécie constitui um *intermédio* entre o poder inquisitório do julgador e a disponibilidade da parte sobre o objeto do processo, eis que caso esta se mantenha inerte após o convite do juiz ao complemento ou concretização da causa de pedir, verá a sua pretensão, ainda que conhecida no mérito, improceder¹⁸⁹.

prova podem ser conhecidos pelo juiz e aproveitados na formação do seu convencimento. Suponha-se que o autor peça a execução do contrato celebrado com o réu, o qual requer, em sua defesa, a anulação do negócio por erro sobre a pessoa. Na enunciação dos temas de prova, será bastante referir ao vício do contrato, e não à forma detalhada como este se verificou no plano dos fatos. Nesse sentido, GOUVEIA, 2013, p. 610-611.

¹⁸⁷ FREITAS, José Lebre de. Sobre o novo Código de Processo Civil (uma visão de fora). In *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 73, n.º 1, janeiro-março/2013b, p. 36. No mesmo sentido, MACHADO, p. 254.

¹⁸⁸ MACHADO, p. 256. No mesmo sentido, TEIXEIRA DE SOUSA os define como fatos que “não se esgotam em uma previsão legal, mas, como complemento dos factos que integram a causa de pedir, são necessários para a procedência da pretensão da parte” (SOUSA, 2013a, p. 396).

¹⁸⁹ SOUSA, 2013a, p. 397. O autor esclarece que o CPC/PT não adota a teoria da substanciação, pela qual todos os fatos necessários à procedência do pedido devem ser alegados na petição inicial; não se acolhe, também, a teoria da individualização, que se contenta com a mera alegação da existência da relação jurídica. Prevalece, no atual regime, a teoria da individualização aperfeiçoada, nos moldes ora expostos (Id., p. 398-399). Um exemplo, trazido no mesmo estudo, ajudará a elucidar a questão: suponha-se que, no âmbito de uma ação de reivindicação da posse de um imóvel em que o fundamento do autor seja a usucapião, não se tenha alegado, na petição inicial, a qualidade de boa-fé da posse exercida sobre o bem. Poderá o magistrado, no despacho saneador, ou mesmo durante a instrução, convidar a parte a concretizar a sua narrativa, sob pena de não ser possível julgar procedente o pedido. Vê-se, portanto, que a boa-fé é indispensável à satisfação da pretensão autoral, mas não precisa ser alegada desde o início do processo, eis que para a conclusão do seu petitório é bastante que se alegue o exercício da posse de modo a configurar a usucapião (Ibid., p. 400).

Pelas razões acima expostas, a doutrina refere-se a uma categoria de fatos *principais*, ou seja, necessários à procedência da postulação, os quais se dividem em (i) *essenciais*, que são imprescindíveis à individualização do enunciado normativo cuja realização se pretende e, assim, à própria conclusão do pedido; e (ii) *complementares* ou *concretizadores*, cuja ausência não enseja, de imediato, a inépcia da petição inicial.

Há, ainda, uma terceira categoria – os fatos instrumentais – sobre a qual o juiz exerce poderes inquisitórios, isto é, conhece livremente, mesmo que não haja alegação ou manifestação de interesse no seu aproveitamento pelas partes. Tais fatos são os *indícios*, que possibilitam, mediante uma presunção, inferir a ocorrência dos principais, conquanto sejam, por si só, insuficientes para conduzir à procedência do pedido¹⁹⁰. São os casos, por exemplo, do excesso de velocidade de um veículo envolvido em acidente viário, ou do clima de animosidade entre as partes pré-existente ao dano sofrido pelo autor¹⁹¹.

Diz-se, portanto, com ANTÓNIO MONTALVÃO, que pela sua índole indiciária, os fatos instrumentais podem ser adquiridos diretamente pelo juiz ou mesmo através da verificação da ocorrência dos fatos principais. Assim, quando constatar que o indício será relevante para compor o litígio, o magistrado deve conhecê-lo, ainda que oficiosamente¹⁹².

A inquisitorialidade na apreciação de fatos instrumentais não afasta em absoluto o regime da preclusão temporal; apenas reduz a sua importância. Nesse sentido, caso eles não sejam alegados até o momento de indicação dos meios de prova, não mais poderão sê-lo – o que não impedirá o juiz de levá-los em conta caso venham a ser provados¹⁹³; do mesmo modo, caso não sejam negados pelo réu, serão admitidos apenas provisoriamente,

¹⁹⁰ MACHADO, p. 254; e SOUSA, 2013a, p. 397. Note-se que um fato não é instrumental apenas porque não integra o enunciado da norma, pois os essenciais podem ser concretizados e complementados (CASANOVA, J. F. de Salazar. Poderes de cognição do juiz em matéria de facto. *In Revista do CEJ*, n.º 2014b, p. 24).

¹⁹¹ Uma excelente caracterização dos fatos instrumentais, embora sem menção à sua atual nomenclatura, fornece PESSOA VAZ: “Em realidade, se bem que a ordem jurídica como que isole para considerar e regular tipicamente certos factos da vida humana e social, não é menos exacto que este princípio de selecção e de abstracta valorização não pode de modo nenhum destruir nem sequer tentar encobrir, ou desconhecer, a continuidade e infinita complexidade dos processos vitais em que esses mesmos factos se inserem. Muito pelo contrário. Há um momento da vida do direito, momento do processo, em que precisamente os laços naturalísticos (de antecedência e consequência) que prendem uns aos outros os factos humanos e sociais, podem encerrar preciosos elementos para aplicação e actuação das normas jurídicas, constituindo os meios por vezes únicos, ou pelo menos decisivos, de provar a verdade ou falsidade dos factos principais nelas hipoteticamente previstos e regulados. De sorte que o que não interessa à ordem jurídica substancial no momento legislativo, vem, afinal, a ter relevância no exercício da função processual [...]” (VAZ, p. 91).

¹⁹² MACHADO, p. 136-137. Nessa linha, LOPES DO REGO sustenta que os fatos instrumentais apenas têm função probatória, e não de substanciação da relação jurídica de direito material (REGO, 2004, p. 252-253).

¹⁹³ SOUSA, 1997, p. 79 e 82. O mesmo autor, em estudo mais atual, salienta que só haverá um efetivo ônus de alegação dos fatos essenciais quando o fato principal somente possa ser provado por meio de indícios, integrando a causa de pedir, como é o caso do *dolo*, do *medo* e do *conhecimento* (SOUSA, 2013a, p. 401).

visto que se pode depois provar a sua inocorrência, sem a rigidez do ônus de impugnação específica que recai sobre os fatos essenciais¹⁹⁴.

Ao lado dos instrumentais, podem ainda ser conhecidos de ofício pelo juiz, em Portugal, os *fatos notórios*, de conhecimento prévio do tribunal, bem como os que revelem um *uso anormal* do processo¹⁹⁵. Todo esse plexo de revelações da inquisitorialidade judicial – que surgiu na década de 90, portanto em uma democracia consolidada, sem qualquer interferência de valores políticos autoritários –, denota a importância de um juiz atuante na busca da verdade, como forma de facilitar o seu objetivo último no processo, que é a composição materialmente justa do litígio concreto a si apresentado para julgamento.

É, pois, necessário promover uma maior abertura para o aproveitamento de fatos surgidos no curso da instrução, impondo-se, por óbvio, o respeito à disponibilidade das partes sobre o objeto do processo e à necessidade de formulação de um pedido concludente que identifique pelo menos os elementos essenciais ao entendimento por parte do juiz. O exercício de um poder-dever inquisitório, sobretudo quando decorre de uma prova indicada e produzida pelas partes, é menos danosa à imparcialidade do julgador do que a sua iniciativa instrutória¹⁹⁶, eis que, se nesta se parte de uma mera alegação em busca da descoberta da verdade, naquela os dados já foram adquiridos no processo, não havendo o que impeça o seu aproveitamento quando respeitadas as garantias das partes, consubstanciadas principalmente na oportunização do contraditório.

3.3 GARANTISMO PROCESSUAL: RESPOSTA INADEQUADA AO PROBLEMA

Nos últimos tópicos foi possível perceber o fortalecimento da posição do magistrado na condução do processo ao longo do último século, com destaque para a atividade de produção de provas e para o aproveitamento de fatos não alegados pelas partes no prazo rigidamente fixado em lei. Essa tendência, no entanto, constitui objeto de

¹⁹⁴ GOUVEIA, 2013, p. 606.

¹⁹⁵ O conteúdo de tais fatos não será detalhado porque não se tratam, em regra, de fatos adquiridos no curso da instrução – no caso dos que revelam um uso anormal do processo, ainda que o fossem, não estariam vinculados à causa de pedir, mas à ilicitude da própria conduta de provocar o órgão jurisdicional. Para uma melhor definição, cfr.: (i) sobre fatos notórios, MACHADO, p. 132-133; FREITAS, 2013a, p. 169-171; e SOUSA, 2000, p. 63; (ii) sobre fatos de conhecimento prévio do tribunal, MACHADO, p. 134; FREITAS, 2013a, p. 171-172; e SOUSA, 2000, p. 63; e (iii) sobre fatos reveladores de um uso anormal do processo, MACHADO, p. 143; FREITAS, 2013a, p. 172; e MARQUES, p. 662-663.

¹⁹⁶ VAZ, p. 149-150.

crítica de uma corrente doutrinária preocupada com o papel secundário atribuído às partes e, mais ainda, com os direitos e garantias destas – trata-se do garantismo processual¹⁹⁷.

As linhas desse movimento foram estabelecidas por juristas de vários países, e serão elencadas com base nas suas obras. Merecem destaque, sobretudo, as lições de CIPRIANI e MONTELEONE em Itália; de MONTERO AROCA em Espanha; de ALVARADO VELLOSO na Argentina; e, por fim, de CORREIA DE MENDONÇA em Portugal.

Sustenta-se, no bojo do garantismo, que a atividade jurisdicional deve ser exercida em serviço aos direitos e garantias das partes, e não o oposto, como pretende o publicismo. Tal ilação pressupõe um juiz independente, subordinado apenas à lei e com poder criativo mitigado, conferindo proeminência aos litigantes na condução do procedimento¹⁹⁸. Entende-se que não cabe ao juiz envidar todos os esforços para proferir uma decisão justa¹⁹⁹, mas respeitar a vontade das partes, sobretudo quando esta contender com a sua no sentido de aceleração do rito ou de disposição do processo de modo a lhe pôr termo²⁰⁰.

CIPRIANI e MONTELEONE²⁰¹, para ilustrarem o entendimento exposto, anotam que, assim como o hospital é construído em função do paciente, e não do médico, também o edifício do processo civil deve ser erguido tendo em vista os interesses da parte, sem a atribuição de muitos poderes ao juiz. Há que se atentar, todavia, para uma equivocada suposição no raciocínio dos autores; é que o hospital não se constrói para o doente, mas *para curar a sua doença*. Do mesmo modo, o processo não é feito para as partes, mas para reparar a lesão ou ameaça de lesão a seu direito, realizando a justiça no caso concreto. Assim, se no hospital o médico é a pessoa mais capaz de curar a lesão do paciente pelo seu domínio dos instrumentos – contando, obviamente, com as informações sobre o seu quadro

¹⁹⁷ Outras nomenclaturas, de conotação crítica, foram conferidas ao movimento. Assim, BARBOSA MOREIRA (MOREIRA, 2005, p. 3) o chama *neoprivatismo*, por entender que defende ideias historicamente superadas; e GIOVANNI VERDE noticia a cominação, em Itália, da pecha de *revisionistas* aos seus defensores (VERDE, p. 70). CIPRIANI, em rebate, afirma que verdadeiros *privatizadores* do processo são os que desejam centrar o controle no juiz, limitando o *sacrossanto* direito das partes à defesa dos seus interesses (CIPRIANI, Franco. El proceso civil entre viejas ideologías y nuevos eslóganes. In *Proceso Civil e Ideología* (coord. Juan Montero Aroca). Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, trad. por Eugenia Ariano Deho, p. 94-95).

¹⁹⁸ MONTELEONE, Girolamo. El actual debate sobre las «orientaciones publicísticas» del proceso civil. In *Proceso Civil e Ideología* (coord. Juan Montero Aroca). Valencia: Tirant lo Blanch, 2006a, trad. por José Luis Gabriel Rivera, p. 176; e AROCA, 2006, p. 240-241. No âmbito da metodologia de realização judicativo-decisória do direito material, entretanto – conforme disposto na introdução –, é amplamente questionável a assertiva de que o juiz precisa ter a sua atividade limitada para ser independente.

¹⁹⁹ MONTERO AROCA, em tom irônico, sustenta que apenas o juiz ungido e dotado de forças divinas – como o comunista, fascista ou, de um modo geral, autoritário – poderia fazer justiça terrena. Para ele, o juiz garantista se limita a aplicar o direito aos cidadãos que a ele se socorrem (AROCA, 2001, p. 108).

²⁰⁰ CIPRIANI, 2002, p. 1249-1250.

²⁰¹ CIPRIANI, 20012, p. 1244; e MONTELEONE, 2006a, p. 192.

de saúde pessoal –, no processo será o juiz terceiro e imparcial quem terá as melhores condições para compor o litígio, devendo ser atribuídas a ele certas posições jurídicas ativas, com uma mitigação parcial da autorresponsabilidade das partes.

Em demonstração da radicalidade da doutrina garantista, CORREIA DE MENDONÇA sugere até uma *seleção “natural” das causas*, de modo a que algumas se prolonguem mais se assim desejarem as partes, o que ainda possibilitaria a agilização dos processos onde os litigantes tivessem interesse no seu andamento – em caso contrário, todos os processos acabariam sofrendo retardos indevidos, com prejuízos à realização da justiça²⁰². Não percebe o autor, porém, que de *natural* a seleção proposta não teria nada, na medida em que as partes mais débeis e patrocinadas por advogados menos qualificados acabariam por ser sempre prejudicadas, agravando-se a desigualdade material já existente.

É certo, também, que o garantismo processual manifesta uma preocupação com os riscos inerentes à concessão de poderes ao órgão jurisdicional, sobretudo quando estes são exercidos de forma arbitrária, implicando em redução das faculdades das partes²⁰³. Nessa esteira, ALVARADO VELLOSO preconiza que a principal função, mais do que a obstinada busca da verdade – que pode até agravar o quadro de litígio –, é a promoção da paz social; para ele, todo valor de justiça e verdade é relativo, o que se extrai inclusive das regras relacionadas à coisa julgada, decadência e ônus da prova²⁰⁴.

Advertem os garantistas, ademais, que os poderes do juiz afetam sua imparcialidade, pois o seu exercício se dá por atos típicos das partes ou, no mínimo, subjetivamente incompatíveis com a função judicativa desempenhada²⁰⁵. Reputam, assim, um contrassenso em sede de realização de justiça a existência de um magistrado que,

²⁰² MENDONÇA, p. 85. No mesmo estudo (Id., p. 69), preconiza-se que a ânsia de justiça das partes é o motor natural do processo, sem considerar a inelutável circunstância de que um dos litigantes terá sempre menos – ou nenhum – interesse no desfecho do procedimento.

²⁰³ Nesse sentido, cfr. MONTELEONE, Girolamo. Principio e ideologías del proceso civil. Impresiones de un “revisionista”. In *Proceso Civil e Ideología* (coord. Juan Montero Aroca). Valencia: Tirant lo Blanch, 2006b, trad. por Eugenia Ariano Deho, p. 97-98; CIPRIANI, 2002, p. 1252; e AROCA, 2006, p. 243, e 2001, p. 69.

²⁰⁴ VELLOSO, p. 220-221 e 225. Em acréscimo, CORREIA DE MENDONÇA assevera que o grau de desenvolvimento social de um país não pode ser medido pelos poderes do juiz, conforme se nota na Holanda, onde estes são reduzidos, ao passo que aquele é bastante elevado. (MENDONÇA, p. 89).

²⁰⁵ MONTELEONE, 2006a, p. 191; VELLOSO, p. 231; e AROCA, 2006, p. 241-242 e 2001, p. 56. Em estudo mais antigo, LIEBMAN também salienta os riscos do princípio inquisitivo à imparcialidade do julgador, que seria prejudicada se ele mesmo ordenasse a produção da prova (LIEBMAN, p. 560-561). ALVARADO VELLOSO, no particular, aduz que a regra clássica de distribuição do ônus da prova garante a imparcialidade, pois obsta a indicação oficiosa de provas e o uso de fatos da ciência privada (VELLOSO, p. 243-244).

embora independente, seja parcial, pois isso chancela o seu arbítrio²⁰⁶, sobretudo por ser inevitável a transposição, para o processo, de uma carga subjetiva e pessoal que desfaz o mito da sua neutralidade.

Outro fator a ser assinalado no âmbito dessa corrente é a insurgência contra a função assistencial do juiz no sentido de reduzir ou eliminar o quadro de desigualdade porventura existente entre os litigantes – trata-se do risco de um paternalismo judiciário, o qual, na visão de LIEBMAN, deve ser desencorajado²⁰⁷. Assim, tal encargo deveria ser suportado pelo Parlamento, e não pelo juiz na apreciação de um caso concreto²⁰⁸.

MONTERO AROCA, expoente da doutrina garantista, sintetiza todo esse pensamento quando equipara a ideologia publicista aos velhos ideais autoritários, criticando fortemente os *slogans* da democratização da justiça e da socialização do processo civil. Para ele, (i) o juiz não deve perder a sua imparcialidade para eliminar a desigualdade material; (ii) a verdade deve se cingir ao quanto alegado pelas partes e (iii) a economia e agilização processuais não podem se converter em instrumento de supressão de garantias²⁰⁹.

Não se ignora, como é óbvio, a importância de preservar os direitos e garantias das partes – afinal, como leciona o assumidamente publicista EDUARDO COUTURE, em ideia que ora se acompanha, o processo foi idealizado para a proteção jurídica das pessoas, projetando-se no direito público como consequência dos interesses de que se reveste. Trata-se, na analogia usada pelo autor, de uma *lei de vasos comunicantes* que após alguns desníveis busca o seu equilíbrio natural²¹⁰. Há, pois, que se alcançar um ponto estável entre as garantias das partes e o exercício de poderes pelo magistrado, de modo que estes, além dos limites intrínsecos referidos no item 3.1 *supra*, também sejam balizados por aquelas.

²⁰⁶ MONTELEONE, 2006b, p. 105.

²⁰⁷ LIEBMAN, p. 564. No mesmo sentido, MENDONÇA, p. 84. Adverte-se ainda que se o mau patrocínio de uma parte é ruim para a defesa dos seus interesses, pior ainda é encorajar a onisciência e a onipotência do juiz (CIPRIANI, 2006, p. 1246).

²⁰⁸ CIPRIANI, 2002, p. 1257; e VELLOSO, p. 229-230. Para CORREIA DE MENDONÇA, a forma esculpida pela lei processual deve ser respeitada, não se justificando o seu desvio para o alcance de uma certa finalidade, ainda que sobre esta não pendam controvérsias (MENDONÇA, p. 73).

²⁰⁹ AROCA, 2006, p. 246-247. MONTELEONE, inclusive, é um voraz defensor da tese segundo a qual o reforço dos poderes do juiz acarreta o retardamento do processo – cfr. MONTELEONE, 2006a, p. 187. De fato, à primeira vista, um maior número de atos praticados pelo juiz pode gerar algum atraso na resolução do litígio. Deve-se atentar, todavia, para a rigidez procedimental e o novo perfil de litigância que eclodiu nas últimas décadas do século XX para concluir que tal reforço, em vez de prejudicar, tem muito a contribuir para o deslinde mais célere de processos. Vide, a propósito, o capítulo 4 *infra*.

²¹⁰ COUTURE, p. 66.

Nesse contexto, impõe-se levar em conta o fato de que o juiz, no exercício dos seus poderes, não se substitui às partes, devendo respeitar os requisitos de complementariedade e subsidiariedade já apontados. Assim, é possível concluir, em um primeiro momento, que a posição ativa do juiz no processo não exclui, *de per si*, as garantias das partes²¹¹.

Para além disso, é inquestionável que as garantias das partes não são violadas pelo mero exercício de um poder pelo juiz, mas apenas se este for inadequado²¹². Trata-se, portanto, de um desvio de percurso que pode ser evitado com a prática de atos como cientificação das medidas adotadas, deferimento da participação na diligência probatória e, ainda, oportunização da manifestação sobre o ocorrido²¹³.

É certo que as Constituições ocidentais hodiernas têm perfil garantista, com uma disciplina processual centrada no respeito aos direitos dos litigantes. Tal não significa, no entanto, que estes devam ter o total controle sobre o processo, facultando-se-lhes o uso de todos os instrumentos abstratamente disponíveis para retardar o feito e atender apenas aos seus próprios interesses²¹⁴, até porque já se demonstrou que a só existência de poderes do juiz não elimina as suas garantias; o que se deve estabelecer são limites a esses poderes, centrados na oposição que lhes oferecem as posições jurídicas das partes²¹⁵.

Note-se, nesse diapasão, que se os poderes das partes são apenas poderes – ou, no máximo, *ônus* –, os do juiz são verdadeiros *poderes-deveres*, vinculados à finalidade de realização de justiça, o que impõe a observância às garantias dos jurisdicionados. Assim, a concessão de poderes ao magistrado não elimina os direitos e garantias das partes, mesmo condicionando o seu exercício; de seu lado, o domínio das partes sobre o processo avoca a figura do juiz passivo e inerte, sem meios para frear o impulso litigioso daquelas.

²¹¹ MOREIRA, 2005, p. 8. MICHELE TARUFFO traz à luz o exemplo da França, em que o juiz possui poderes instrutórios, mas as partes mantêm amplas garantias em sede legal e constitucional (TARUFFO, p. 179-180).

²¹² JORGE, 2007, p. 68. Era o que ocorria na vigência do CPC/BR de 1939, segundo SANTOS, p. 228-229.

²¹³ MOREIRA, 2005, p. 9. PICÓ I JUNOY afirma, a respeito, que o problema não é a existência do poder, mas a ausência de limites ao seu exercício (JUNOY, p. 120-121).

²¹⁴ GIOVANNI VERDE coloca-se contra o monopólio das partes no processo e aponta a sua desconfiança sobre a possibilidade de os advogados serem igualmente capazes e com boas intenções, aduzindo ainda, em clara oposição a CIPRIANI, que o sacrossanto direito de litigar não se pode converter em abuso (VERDE, p. 79-80).

²¹⁵ Em demonstração da força política do garantismo processual, foi elaborado em Itália, no início dos anos 2000, um projeto de lei cujo objetivo era o de possibilitar a realização de atividades instrutórias fora do tribunal, em uma espécie de *privatização* da fase de produção de provas. Sucede que, como aponta CORSINI, a medida é exagerada e causa perplexidade, sobretudo quando se tem uma vista o movimento em sentido contrário dos EUA e da Inglaterra, onde se tem buscado restringir o poder das partes sobre a gestão da *discovery* por conta dos prejuízos ali verificados (CORSINI, p. 1274).

Afirma-se, destarte que os poderes do juiz encontram limite nas garantias das partes, nomeadamente a de imparcialidade do tribunal – entendida como ausência de interesse em favorecer um dos litigantes, e não sobre o resultado do processo, já que cabe ao juiz tomar uma decisão justa –, que deve ser vista à luz do contraditório e do dever de fundamentação das decisões judiciais²¹⁶. É também relevante para incrementar o controle sobre a atividade judicial, aponta CIPRIANI, o alargamento da recorribilidade das decisões interlocutórias, nomeadamente as relacionadas ao exercício dos poderes de condução do procedimento²¹⁷.

Acompanha-se, assim, a lição de MICHELE TARUFFO no sentido de que os ordenamentos europeus – inclua-se, também aqui, pela sua pertinência, o brasileiro – confirmam a possibilidade não apenas de conciliar, mas também de maximizar, o direito à prova das partes e a garantia do contraditório com amplos poderes, sobretudo instrutórios, do magistrado²¹⁸. Sem dúvidas muito mais do que a *quantidade* de direitos e garantias dos litigantes, importa a sua *fundamentalidade e força normativa* para evitar o arbítrio judicial.

As duas ideias postas em conflito, inclusive, convergem n’alguma medida quando os próprios garantistas são unânimes em refutar o arquétipo de juiz distante das partes e alheio à realidade que se discute no processo²¹⁹. O próprio CIPRIANI defende um *novo* equilíbrio entre os atores do processo, desfrutando-se da energia da parte interessada na justiça, sem que se seja insensível ao interesse público e nem se abuse da disponibilidade do juiz²²⁰.

Reconhece-se, portanto, com amparo na doutrina de MONTERO AROCA, que deve ser delegado ao juiz o dever de impulsionar o processo e atuar como o seu verdadeiro diretor, sob pena de serem exacerbadas as faculdades das partes. O jurista espanhol defende até mesmo que o exercício de faculdades coercitivas por parte do magistrado pode se conciliar com o princípio dispositivo no âmbito do processo liberal da LEC de 2001²²¹.

²¹⁶ MATOS, José Igreja. O juiz e o processo civil (contributo para um debate necessário). *In Julgar*, n.º 2, maio-agosto/2007, p. 105; e JORGE, 2007, p. 64-65.

²¹⁷ CIPRIANI, 2006, p. 93; e 2002, p. 1258-1261.

²¹⁸ TARUFFO, p. 180. Para PESSOA VAZ, os poderes inquisitórios até estimulam a atividade das partes (VAZ, p. 161). Em sentido contrário, e com referência à Constituição Italiana, CIPRIANI, 2002, p. 1255.

²¹⁹ MONTELEONE, 2006a, p. 190; MENDONÇA, p. 72; e CIPRIANI, 2002, p. 1257, e 2006, p. 92.

²²⁰ CIPRIANI, 2002, p. 1255. Defende o autor a construção de um processo eficiente e ao mesmo tempo respeitador das garantias das partes (Id., p. 1243-1244).

²²¹ AROCA, 2001, p. 100-103. O autor, no entanto, apenas defende o controle do juiz sobre aspectos formais do processo, sem se imiscuir nos campos da prova e do pedido e causa de pedir (Id., p. 71-72 e 94-95).

De fato, é inevitável o reconhecimento de uma posição de controle do juiz sobre o processo – concorda-se, no entanto, com a inquietação de CORREIA DE MENDONÇA, quando sustenta que “*a autoridade de um juiz é tanto mais frágil quanto mais visível for*”²²². Imperioso, destarte, buscar novos instrumentos que possibilitem ao julgador conduzir o processo sem um protagonismo que ponha em risco o caráter democrático deste.

²²² MENDONÇA, p. 77.

4 UMA TERCEIRA VIA: A GESTÃO COOPERATIVA DO PROCESSO CIVIL²²³

Os sistemas processuais fundados nos princípios dispositivo e inquisitivo dominaram a cena internacional até o fim do século XX, como polos opostos em matéria de repartição dos poderes²²⁴. Duas notas, no entanto, emergiram com grau quase unânime de aceitação e prevalecem até hoje, a saber: (i) a compreensão do processo como um sistema de garantias das partes; e (ii) a direção do procedimento pelo magistrado, limitada por aquelas e dirigida à sua proteção²²⁵, como forma de aprimorar a eficácia da função jurisdicional sem a assunção de protagonismo por nenhum dos principais atores²²⁶.

Assim, o que se tem buscado é, ao mesmo tempo, reconhecer o exercício – com limites – da autoridade judicial e fortalecer as garantias dos litigantes, equilibrando as duas posições para permitir o traslado da democracia participativa para o processo²²⁷. Superam-se, assim, os arquétipos de juiz *Pilatos* e *Hércules* e se adota, em jeito de síntese, o modelo colaborante²²⁸ fundado no exercício dos deveres de gestão e cooperação processuais.

O novo paradigma, como não poderia deixar de ser, foi modelado a partir de um contexto histórico. Com efeito, tal como o dispositivo fundou-se num ideário liberal, e o inquisitivo teve por base o intervencionismo do Estado dirigido ao bem-estar social, os princípios da gestão e da cooperação surgiram em uma atmosfera própria das últimas décadas do século XX, relacionada sobretudo ao fenómeno de massificação da justiça.

É certo que a maior complexidade das relações sociais, traduzida na expansão dos meios de comunicação; na quebra da fronteira entre os países e no consequente incremento

²²³ Aludindo a um *cooperative case management system*, cfr. GOTTWALD, 2004, p. 339.

²²⁴ Não deixa de ser uma característica do pensamento ocidental a contraposição de ideias com base em modelos extremados. Sobre o tema, leciona COUTURE: “no ocidente – escreve um pensador oriental – um homem apaixonado-se por uma teoria e outro por outra; e ambos procedem à demonstração da sua teoria e do erro da adversa, com uma grande cultura e uma grande estupidez” (COUTURE, p. 39).

²²⁵ Para MAÍRA GALINDO, é “papel do magistrado, inclusive, garantir que as partes possam exercer seu papel de forma otimizada” (GALINDO, Maíra Coelho Torres. *Princípio da cooperação: dever de consulta e proibição das decisões-surpresa*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014, p. 80). No mesmo sentido, DEL CLARO, p. 218.

²²⁶ Nesse sentido, JUNOY, p. 111-112; DIDIER JR., 2010, p. 47; e GOUVEIA, 2007, p. 47. Esta última destaca que não se pretende uma justiça autista, nem autoritária (Id., p. 55).

²²⁷ OLIVEIRA, 2003, p. 26. O autor assinala, na sequência, que “em vez do juiz ditador, dono de um processo inquisitório e autoritário, ou de um processo totalmente dominado pelas partes, como anteparo ao arbítrio estatal – a exemplo do sucedido na Idade Média com o processo romano-canônico –, importa fundamentalmente o exercício da cidadania dentro do processo, índice da colaboração das partes com o juiz, igualmente ativo, na investigação da verdade e da justiça” (Id., p. 28).

²²⁸ GOUVEIA, 2006, p. 13. Como bem esclarece DIDIER JR., os processos não liberais são espécie da qual se extraem os gêneros democrático e autoritário, sem confusão entre ambos (DIDIER JR., 2010, p. 45).

da interculturalidade; na ampliação do poder aquisitivo da população de baixa renda e na correlata densificação do mercado de consumo, com uma mais rápida circulação de bens e capitais; e no pluralismo jurídico – enfim, no fenômeno da globalização – provocou um verdadeiro *boom* no acesso ao Judiciário, demandando a implementação de novas fórmulas para lidar satisfatoriamente com a realização da justiça no caso concreto e exigindo uma atuação mais cirúrgica do juiz²²⁹. Como assinala MARIANA GOUVEIA, a popularização da Justiça fez dos litigantes “*cada vez mais cidadãos comuns, ao contrário dos litigantes da época liberal, tipicamente grandes negociantes ou grandes proprietários*” – para ela, tal circunstância demanda uma maior proximidade do juiz com as partes e com os fatos por elas carreados, sem o apego mesquinho ao formalismo processual²³⁰.

Ao lado disso, verifica-se também o fenômeno da *litigância de massa*, caracterizada pela baixa densidade das matérias discutidas, e cuja principal consequência é a *falsa litigiosidade*, a qual se verifica em dois casos: quando há várias ações ajuizadas pela mesma pessoa, os chamados *repeat players*²³¹ – como nas cobranças de dívidas em contratos de financiamento de automóveis e imóveis – ou quando há múltiplas pessoas com potencial para figurar como parte em certos processos – é o caso, por exemplo, dos consumidores que reclamam defeitos na prestação de serviços pelas operadoras de telefonia ou companhias aéreas²³². Todavia, em muitas dessas situações – e especialmente nas primeiras – o processo tem servido como mera instância de coercibilidade, porquanto não há uma efetiva controvérsia fática, buscando o réu meramente procrastinar ao máximo o cumprimento da sua obrigação, o que impõe a concessão de mais amplos poderes ao juiz, nomeadamente no plano da gestão processual²³³.

Não se pode olvidar, finalmente, o recrudescimento do processo eletrônico, que facilita o acesso ao conteúdo dos atos praticados no curso do procedimento pelas partes e seus advogados, constituindo *mais um* canal de diálogo e aproximação com o juiz.

Toda essa conjuntura revelou a inadequação dos sistemas fundados unicamente nos princípios dispositivo e inquisitivo, requisitando a presença de um juiz atuante na gestão do processo, a fim de que este pudesse alcançar os seus objetivos²³⁴. Assim, deveria

²²⁹ Sobre o assunto, cfr. VINCENZI, p. 57; SOUSA, 1997, p. 60; e MATOS, 2007, p. 99.

²³⁰ GOUVEIA, 2006, p. 13.

²³¹ SANTOS; MARQUES; PEDROSO; FERREIRA, p.30.

²³² GOUVEIA, 2006, p. 27.

²³³ MATOS, 2007, p. 94-95.

²³⁴ FREITAS, 2013a, p. 225; e GOTTWALD, 2003, p. 207-209.

o magistrado dialogar com as partes e, ao mesmo tempo, supervisionar o comportamento delas, num regime de cooperação recíproca que ampliasse a legitimidade da sua decisão²³⁵. Trata-se de esquema que supera, a um só tempo, os paradigmas liberal – pois manifesta uma verdadeira preocupação com o teor do *decisum* que compõe o litígio privado – e autoritário – na medida em que o juiz se coloca em posição de diálogo e igualdade perante as partes, delas se distanciando apenas na ocasião do julgamento²³⁶.

Em Portugal, o dever de cooperação foi acolhido na reforma de 1995/1996²³⁷, sendo acrescido da gestão processual com o RPE em 2006. No regime do atual CPC/PT (arts. 6º e 7º), a cooperação e a gestão são princípios fundamentais, impondo-se ainda ao juiz promover a igualdade material entre as partes, com vistas à justa composição da lide.

Na Alemanha, a reforma de 2001 alargou os instrumentos de gestão do processo pelo juiz e de cooperação deste com as partes por meio do §139 da ZPO/AL, que abrange a *direção material*, revelando-se de basilar importância para a prolação de uma sentença substancialmente adequada²³⁸.

Será com base principalmente nesses dois modelos europeus que se buscará traçar as linhas de uma gestão cooperativa do processo civil na sequência deste capítulo.

4.1 FORMATAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO

O processo, como cediço, abrange um feixe de relações jurídicas travadas entre os seus atores – autor e juiz, autor e réu, réu e juiz, juiz e órgão do MP, autor e perito, etc²³⁹. Trata-se, assim, de uma ordem de cooperação dirigida à justa composição do litígio²⁴⁰,

²³⁵ VINCENZI, p. 56; MATOS, 2007, p. 103. TEIXEIRA DE SOUSA lucidamente anota que a atribuição de poderes ao juiz, bem como a facilitação do diálogo no processo, são fatores que revelam uma preocupação com a legitimidade da sentença e a sua aproximação com a verdade (SOUSA, 1997, p. 61).

²³⁶ GOUVEIA, 2006, p. 13.

²³⁷ A reforma clamou por uma mudança de cultura judiciária (GOUVEIA, 2007, p. 50), e fundamentalmente se baseou na cooperação entre os atores do processo, na prevalência do mérito sobre a forma e na atenuação do regime preclusivo atrelada a uma maior inquisitorialidade do tribunal (SOUSA, 1997, p. 62).

²³⁸ A reforma do processo alemão, todavia, não veio na sequência de uma crise, mas de um afastamento do modelo *party-friendly*, estabelecendo-se maiores restrições às atividades dos litigantes (GOTTWALD, 2004, p. 353). Com efeito, já desde a década de 70 se buscava a simplificação dos procedimentos, dado o aumento do volume que se verificava por conta da pujança econômica do país no período pós-II Guerra. Assim, a reforma de 2001 foi o ponto de chegada do movimento dirigido ao aprimoramento da efetividade da proteção jurídica conferida pela atividade dos tribunais (GOTTWALD, 2003, p. 228-230).

²³⁹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 13ª ed. Salvador: Podivm, 2011, vol. 1, p. 22-25. O autor ressalta que só tomando a parte pelo todo (metonímia) se considera o processo uma relação jurídica.

²⁴⁰ LEBRE DE FREITAS distingue cooperação formal – atinente à duração do processo – e material – dirigida à justa composição do litígio (FREITAS, 2013a, p. 186). Entende-se, *data venia*, que nesse caso toda a cooperação seria material, pois tem sempre os olhos voltados à realização da justiça no caso concreto.

onde todos os participantes n'alguma medida se obrigam a cumprir deveres perante os outros, em uma espécie de “*vinculações poligonais*”²⁴¹.

A cooperação é um dever de todos os que participam do processo, incluindo, por óbvio, as partes e o juiz. Neste estudo, todavia, em virtude da maior pertinência temática, a abordagem promovida será a da cooperação do juiz para com as partes²⁴².

Com efeito, o juiz de um processo cooperativo, conquanto submetido aos ditames da constituição e do Estado de Direito, não é indiferente ao teor da decisão que irá proferir²⁴³, tendo em vista o dever de legitimá-la. Reforçam-se os seus poderes de intervenção, mas mantém-se o respeito às garantias das partes, que se colocam em posição de paridade com ele no curso do procedimento, o que traduz uma solução de compromisso entre as concepções liberal e publicista sobre o processo civil²⁴⁴.

Fica mitigada, assim, a assimetria entre o juiz e as partes na condução do processo, de modo que o distanciamento se opera apenas no momento de proferir a decisão²⁴⁵. Tal circunstância se revela de fundamental importância para a eliminação do

²⁴¹ A expressão é de MARQUES, p. 210. A doutrina alemã refere-se a uma comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*) entre os atores a partir da consagração deste princípio (FREITAS, 2013a, p. 190).

²⁴² No que tange à cooperação das partes com o juiz, trata-se de manifestação do dever de agir de boa-fé, objetivamente considerado, impondo a adoção de conduta ética sob pena de responsabilidade nos casos inclusive de negligência grave (SOUSA, 1997, p. 62-64). ANTÓNIO MONTALVÃO salienta que também os advogados se vinculam a esse dever, auxiliando o tribunal na busca da verdade com um arrefecimento do tecnicismo processual (MACHADO, p. 32-33). Com isso, não se pretende eliminar a situação de litígio, mas tão somente eticizar o processo – tal como já ocorreu no direito privado – para impedir que as partes e seus advogados obstaculizem a realização da justiça (REGO, 2004, p. 265). MARIANA GOUVEIA reforça esse entendimento, corroborando a possibilidade de coexistência entre a colaboração e o conflito, e chamando atenção para o fato de que as partes litigam apenas entre si, e não com o tribunal, de modo que não se justifica uma resistência em fornecê-lo os instrumentos adequados ao proferimento da melhor decisão (GOUVEIA, 2006, p. 44-45). Não é unanimemente aceito, no entanto, o dever de cooperação das partes com o tribunal. MONTERO AROCA, por exemplo, considera que a colaboração das partes e seus advogados com a descoberta da verdade só se compreende num cenário onde os cidadãos não possam lutar pelos seus direitos com todas as armas disponíveis (AROCA, 2001, p. 108). De seu lado, JAUERNIG critica a absolutização do dever de verdade, e defende que o indivíduo, embora deva ser responsabilizado pelos seus atos ilícitos, não pode ser obrigado a “portar-se bem contra si próprio”. Para ele, o princípio da cooperação é incompatível com a autorresponsabilidade e autodeterminação das partes, bem como falseia uma eliminação do quadro de litigiosidade (JAUERNIG, p. 148-149). Também CORREIA DE MENDONÇA censura os estímulos positivos à participação dos litigantes no processo cooperativo, estatuidos que, dada a ineliminável conflituosidade do ser humano, a harmonia absoluta de interesses – com a imposição de um “lutar para perder” – constitui perigosa utopia (MENDONÇA, p. 87 e 90-91). A despeito das respeitáveis críticas, entende-se que a imposição de deveres às partes, sobretudo a serem cumpridos perante o juiz, não elimina – nem mesmo artificialmente – o litígio, nem prejudica a defesa dos seus próprios interesses. O que não se pode é aquiescer com um arbítrio dos litigantes na condução do processo.

²⁴³ REGO, 2004, p. 266.

²⁴⁴ OLIVEIRA, p. 28; e GOUVEIA, 2006, p. 41. Para a autora, a proximidade entre partes e juiz assemelha o processo cooperativo aos esquemas de mediação e arbitragem, claramente menos formalistas (Id., p. 39).

²⁴⁵ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2ª ed., 2011, p. 102-103. Acompanha-o IGREJA MATOS, para quem “se a tarefa do juiz é sempre atomística e solitária quando é

autoritarismo judicial, em um regime onde se busca a proximidade dos atores processuais, que devem atuar em posições de igualdade e cooperação recíproca a fim de que seja realizada a justiça com a maior eficiência possível, atendendo-se ainda, com isso, ao interesse da coletividade na preservação da integridade do sistema jurídico.

O princípio da cooperação, nesse ínterim, redimensiona o contraditório, inserindo o juiz entre os sujeitos do diálogo no processo para aprimorar a sua decisão, sem, todavia, atribuir-lhe um protagonismo sobre as partes²⁴⁶. Assim, o provimento final ergue-se sobre uma base dialética onde todos os atores, em paridade de armas, contribuem para o seu teor em um regime compartilhado e policêntrico que repele o solipsismo judicial²⁴⁷.

É, pois, imperioso o incentivo ao diálogo como forma de maximizar a cooperação entre magistrado e litigantes, cabendo àquele proporcionar a estes o pleno contraditório. Para isso, essencial deferir-lhe *poderes* que, embora pareçam reforçar a sua autoridade – e, assim, aumentar o risco de autoritarismo –, na verdade são *deveres* de cooperação a que se acham vinculados²⁴⁸. E eles são quatro: *esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio*.

O *dever de esclarecimento* determina ao juiz que busque clarificar, em qualquer fase do processo, todas as suas dúvidas junto aos litigantes, sejam elas relativas a matérias de fato ou de direito, a fim de evitar que seja proferida sentença com base em informações falsas ou até insuficientes²⁴⁹. Tal diligência assume especial relevo nos casos em que há hipossuficiência de uma das partes com relação à outra, visto que as confere uma efetiva

convocado o momento final da decisão jurisdicional, no percurso que antecede erigem-se como parâmetros de atuação os valores da eficácia e da qualidade” (MATOS, José Igreja. A gestão processual: um radical regresso às raízes. *In Julgar*, n.º 10, janeiro-abril/2010, p. 136). Diz-se, outrossim, que, finda a instrução, “*es el árbitro quien debe adjudicar la victoria y en este momento debe mostrarse apasionadamente en favor de aquél litigante a quien le asista la razón y el derecho*” (FENECH; CARRERAS, p. 76).

²⁴⁶ DIDIER JR., 2010, p. 46-47.

²⁴⁷ BALESTERO, Gabriela Soares. Por uma reformulação processual: a participação na construção do provimento jurisdicional, uma abordagem habermasiana e fazzalariana. *In Revista do Instituto de Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, ano 2, n.º 14, 2013, p. 16242, 16246, 16257, *passim*. A autora promove, em seu estudo, uma verdadeira apologia ao diálogo entre o juiz e as partes como instrumento de democratização do processo. Para ela, a legitimação da atividade jurisdicional impõe que o processo seja conduzido em um regime de participação, afastando-se do decisionismo e efetivando a visão comunicativa de JURGEN HABERMAS.

²⁴⁸ GRASSI DE GOUVEIA esclarece que, na Alemanha, o suposto direito do juiz de perguntar – *Fragerecht* – é, afinal, um dever de perguntar e esclarecer – *Frage und Aufklärungspflicht* (GOUVEIA, Lucio Grassi. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. *In Revista Dialética de Direito Processual*, n.º 6, 2003, p. 47). Também TEIXEIRA DE SOUSA atribui a qualidade de poderes-deveres aos mecanismo de cooperação do juiz com as partes (SOUSA, 1997, p. 65). Em direção oposta, CORREIA DE MENDONÇA entende que a consagração desse princípio não ajudou a elidir o autoritarismo judicial. Ele sustenta que a dialética processual não pressupõe um regime cooperativo, cogitando até mesmo a existência de um autônomo princípio do diálogo (MENDONÇA, p. 94-95).

²⁴⁹ SOUSA, 1997, p. 65. Esse é o conteúdo do art. 7º, n.º 2, do CPC/PT.

paridade de armas. De todo modo, o que se procura é proporcionar ao magistrado as condições necessárias ao proferimento de uma decisão adequada e, portanto, justa²⁵⁰.

Intimamente conectado ao primeiro, encontra-se o *dever de prevenção*, que impõe ao julgador a tarefa de evitar a frustração do êxito de uma das partes em virtude do uso inadequado do processo, chamando a atenção delas para que (i) explicitem pedidos obscuros; (ii) supram lacunas na narrativa fática; (iii) adéquem o seu pleito aos fatos expostos em juízo; ou, até mesmo, (iv) pratiquem uma específica diligência²⁵¹. No exercício desse dever, portanto, compete ao magistrado indicar os vícios dos articulados das partes e oportunizar a sua correção, *prevenindo* a consumação de danos de qualquer natureza, independentemente da necessidade de propositura de uma nova ação. Assim, a advertência do juiz contribui de forma decisiva para a *utilidade* do processo²⁵².

No Brasil, a única manifestação tradicional do dever de prevenção está no art. 284 do CPC/BR, que impõe ao juiz alertar o autor sobre o vício que inquina o seu articulado, facultando-lhe a possibilidade de emendá-la. Assim, face à paridade dos atores processuais estabelecida pelo princípio da cooperação, entende-se que é defeso o indeferimento de plano da petição inicial sem oportunizar ao autor a correção do equívoco cometido²⁵³.

O regime lusitano já é mais consentâneo com o ideário cooperativo, porquanto o art. 590º, n.º 2, 3 e 4, do CPC/PT fixa o dever de o juiz convidar as partes a colmatarem insuficiências e imprecisões da matéria de fato, bem como irregularidades dos articulados ou a omissão relativa à junção de documentos essenciais à apreciação do *meritum causae*. Do mesmo modo, o art. 6º, n.º 2 desse diploma impele o julgador a exortar as partes à prática dos atos necessários para que seja suprida a falta de pressupostos processuais.

O modelo mais bem acabado, no entanto, é o da Alemanha, onde o §139 da ZPO/AL abarca os deveres de esclarecimento e prevenção (*Frage und Aufklärungspflicht*), traçando caminhos muito importantes para facilitar a composição materialmente justa do conflito²⁵⁴. JAUERNIG leciona que, embora dependente dos dados fornecidos pelas partes,

²⁵⁰ GOUVEIA, 2003, p. 51.

²⁵¹ SOUSA, 1997, p. 66.

²⁵² MESQUITA, 2013, p. 140. São, pois, escopo desses deveres as “clarificações úteis” (GALINDO, p. 66).

²⁵³ MITIDIERO, p. 123. A despeito da restrição normativa, também deve incidir, por analogia, o dever de prevenção quando for possível evitar danos ao réu por conta de deficiências do seu articulado. O art. 139, inc. IX, do Novo CPC/BR, delega ao juiz a incumbência genérica de “determinar o suprimento de pressupostos e o saneamento de outros vícios processuais”, traduzindo a maior proximidade com o processo cooperativo.

²⁵⁴ GOTTWALD salienta que o §139 é importante para evitar pôr em risco a proteção jurídica dos indivíduos, em especial por conta de erros na formulação do pedido ou da narrativa fática, traduzindo uma manifestação

cabe ao juiz operar como *auxiliar imparcial* delas, limitando o princípio da instrução por sua exclusiva iniciativa. Assim, deve instá-las à: (i) clarificação, adequação jurídica ou especificação do pedido; (ii) complementação dos fatos narrados, sobretudo se a omissão for dolosa para surpreender o adversário na instrução; (iii) regularização de defeitos técnicos ou jurídicos do enunciado fático ou dos meios de prova indicados; e (iv) alteração do pedido ou causa de pedir, em especial quando tal diligência possa evitar a propositura de uma nova ação²⁵⁵.

Tais deveres definem, ainda, limites ao seu exercício, a exemplo da impossibilidade de se assumir a defesa dos interesses de uma das partes²⁵⁶, sobretudo quando ambas forem patrocinadas por advogado particular em igualdade de condições.

Ademais – e com isso já se enuncia o *dever de consulta* –, deve o juiz oportunizar o contraditório, sendo-lhe defeso prolatar decisões-surpresa, ainda que se trate de matéria cognoscível *ex officium*²⁵⁷. Com efeito, na medida em que submete seus atos à apreciação das partes, o magistrado potencializa não apenas o diálogo, mas também a paridade entre os atores do processo, promovendo uma participação no conteúdo das suas decisões²⁵⁸.

Registre-se, por oportuno, que embora se complementem, os deveres de consulta e prevenção não se confundem. Trata-se aquele da obrigação do magistrado de somente adotar como fundamento de suas decisões matéria sobre a qual as partes já tenham tido a oportunidade de se manifestar. Nesse sentido, aponta GRASSI DE GOUVEIA que compete ao juiz informar a tese jurídica que lastreará a sua conduta no processo, evitando surpreendê-las com novos argumentos²⁵⁹. O *dever de prevenção*, de seu lado, tem por objetivo o suprimento de falhas das partes na sua postulação.

dos elementos sociais no processo civil (GOTTWALD, 2003, p. 230; e 2004, p. 339). Não é por outra razão que MIGUEL MESQUITA, ante a amplitude e a gama de possibilidades conferidas, alude a esse dispositivo, na linha da doutrina germânica, como a *Magna Charta* do processo civil moderno (MESQUITA, 2013, p. 146).

²⁵⁵ JAUERNIG, p. 140-142. Também LOPES DO REGO destaca o amplo leque de possibilidades do sistema alemão, onde se prevê “a existência de um genérico dever de prevenção e esclarecimento das partes sobre quaisquer insuficiências e deficiências das peças processuais que apresentem em juízo, de modo a caber ao juiz sugerir-lhes os comportamentos processuais que repute mais adequados, incluindo [...] a própria alteração das pretensões deduzidas” (REGO, 2004, p. 265).

²⁵⁶ JAUERNIG, p. 143. Para o processualista alemão, deve ainda o magistrado circunscrever-se à matéria de fato alegada (Id., p. 144). Não se concorda, contudo, com sua posição, porquanto em muitos casos o exercício dos deveres de esclarecimento e prevenção decorrerá da aquisição de fatos não alegados – no exercício da inquisitorialidade judicial – ou provocará a ampliação do acervo fático a ser provado nos autos.

²⁵⁷ SOUSA, 1997, p. 66-67. Tal é o que se extrai dos arts. 3º, n.º 3, e 590º, n.º 5, do CPC/PT; e do §139, n.º 2, da ZPO/AL. No Brasil, a questão só foi regulada no Novo CPC/BR, em seu art. 10.

²⁵⁸ MITIDIERO, p. 89-90.

²⁵⁹ GOUVEIA, 2003, p. 53.

O respeito ao dever de consulta mostra-se interessante até mesmo do ponto de vista prático, visto que decisões legitimadas pela comparticipação dos atores processuais são menos suscetíveis de serem atacadas por recursos, sobretudo no que concerne a nulidades processuais. Concretiza-se, com isso, o princípio da economia processual, ao mesmo tempo em que se atende à proposta do devido processo legal substantivo²⁶⁰.

Alude-se, por último, ao *dever de auxílio*, pelo qual cabe ao juiz possibilitar que os litigantes transponham obstáculos impostos à prática de algum ato necessário para o seguimento do processo, facilitando a superação de dificuldades no exercício de direitos ou no cumprimento de ônus²⁶¹. Não se trata, como pode parecer à primeira vista, de uma perda da imparcialidade do julgador, mas sim de um *empréstimo* da sua autoridade cuja força vinculante a ação das partes não teria. O magistrado pode, por exemplo, determinar a um terceiro que apresente nos autos documento que esteja em sua posse e seja relevante para o conhecimento da matéria discutida, aproximando-se da verdade e melhorando as condições para a realização da justiça no caso concreto.

Todos os deveres sobre os quais se discorreu estão intimamente conectados entre si, não se podendo falar em vinculação a apenas um ou alguns deles. É possível ao juiz, em um caso concreto no qual tenha dúvidas sobre os fatos narrados pelo autor em virtude da insuficiência das provas por ele indicadas, *esclarecer-se* junto a ele, alertando-o para *prevenir* a improcedência do pedido por falta de provas – tudo mediante *consulta* às partes sobre o procedimento adotado – e, se for o caso, *auxiliá-lo* na obtenção do documento que sirva à completude da prova defasada, mas esteja na posse de terceiro que resiste em exibi-lo. Estabelece-se, pois, no processo uma verdadeira *ordem de cooperação*, com um juiz pró-ativo na investigação dos fatos e do direito – sem, contudo, perder a sua imparcialidade – e vinculado à finalidade de composição materialmente justa do litígio.

Imperioso, por fim, antecipar que os deveres de cooperação do juiz constituem, em verdade, os principais instrumentos de que ele dispõe para promover a gestão material do processo, objeto de estudo do tópico 4.3 *infra*, onde se apontarão exemplos práticos

²⁶⁰ Típica manifestação desse dever é a inversão do ônus da prova em prol do consumidor hipossuficiente prevista no art. 6º, inc. VIII, do CDC/BR. Com efeito, não pode o juiz ordenar a inversão apenas quando prolatar a sentença, visto que, nesse caso, a parte prejudicada ficaria impedida de se desincumbir do encargo em virtude da preclusão do direito de produzir provas.

²⁶¹ SOUSA, 1997, p. 67; e REGO, 2004, p. 257.

que, propositadamente, foram omitidos nesta ocasião²⁶². Antes, porém, releva esclarecer o que se entende por juiz gestor e elencar a forma clássica como tal gestão foi edificada.

4.2 OS PODERES-DEVERES DE GESTÃO DO PROCEDIMENTO

A *gestão* do processo pelo juiz não é um fenómeno recente²⁶³. De fato, os poderes-deveres de impulsão, de disciplina, instrutórios e inquisitórios já revelavam a necessidade da presença de um magistrado que dirigisse ativamente o processo. Sucede que a condução na forma proposta pela corrente publicista das primeiras reformas do século XX não se confunde com o juiz gestor moldado nas últimas décadas²⁶⁴, sobretudo porque neste esquema não se prescinde dos deveres cooperativos que impõem as bases para a promoção do diálogo processual e da observância irrestrita às garantias das partes.

Sintomático da mudança de perspectiva sobre a gestão processual é o preâmbulo do hoje revogado DL 108/2006, de 08/06, que instituiu em Portugal o RPE. Ali, dizia-se que o juiz “*deve, pois, dirigir activa e dinamicamente o processo, tendo em vista a sua rápida e justa resolução e a melhor forma de organizar o seu trabalho*”, o que revela uma inclinação ao uso dos meios de gestão em prol da *efetividade* e *utilidade* da justiça²⁶⁵. O novo arquétipo de juiz gestor inserido no âmbito de um processo cooperativo depende, entretanto, de uma alteração da cultura judiciária e do modo de agir dos próprios magistrados, mais do que da roupagem a ele conferida pelo sistema jurídico²⁶⁶.

²⁶² O princípio da cooperação deve ser interpretado em conjunto com o da gestão, porquanto facilita e orienta o seu exercício, bem como possibilita conciliar a autoridade judicial e a disponibilidade das partes sobre o objeto do processo (GOUVEIA, 2006, p. 40; e GALINDO, p. 83).

²⁶³ Vide a nota 153 *supra* e a figura do *le juge charge de suivre la procédure* em França. MICHELE TARUFFO reforça esse entendimento aduzindo que ali os poderes do juiz serviam mais a uma eficiente gestão do processo que ao exercício de autoridade do órgão jurisdicional (TARUFFO, p. 166). Em Itália, refere-se a possibilidade, prevista no art. 102 do CPC/IT (semelhante aos arts. 91 e 294, inc. I, do CPC/BR de 1939), de o juiz convidar a parte a integrar o polo passivo para formar litisconsórcio necessário, evitando a propositura de uma nova ação (VERDE, p. 76). E nos EUA, mesmo com as novidades do atual *case management*, não constitui novidade o envolvimento do magistrado na produção da prova (KESSLER, p. 1197-1198).

²⁶⁴ LEBRE DE FREITAS defende posição oposta. Para ele, a gestão processual não se autonomiza face à direção e à adequação formal; antes, trata-se de uma “fuga em frente”, diante da inércia do magistrado no uso de seus poderes (FREITAS, 2013b, p. 28). Nessa linha, sustenta-se que a gestão processual é a alcunha recebida pelo princípio inquisitivo no Novo CPC/PT (CASANOVA, 2014a, p. 11 e 13). Propõe-se, contudo, independente da profundidade das alterações, uma leitura diferenciada das normas, menos formalista e mais voltada à justiça material, à eficiência da justiça e, também, às garantias das partes (GOUVEIA, 2013, p. 599).

²⁶⁵ IGREJA MATOS alerta para o elo entre esse modelo e o *new public management*, atinente à modernização e profissionalização da administração pública em geral (MATOS, 2010, p. 124).

²⁶⁶ Nesse sentido, cfr., em referência às realidades portuguesa e brasileira, CABRAL, p. 157-159; sobre a experiência inglesa e a necessidade de rejuvenescimento do perfil do magistrado naquele país, JOLOWICZ, 1998, p. 885-886; e sobre a prática judiciária alemã, GOTTWALD, 2004, p. 340 e 352.

Feitos os necessários esclarecimentos iniciais, passa-se à explicitação do conteúdo do princípio da gestão processual, advertindo-se, desde já, que não se refere, neste estudo, ao instituto do *court management*, mas sim ao *case management*, dirigido à resolução de conflitos concretos submetidos à apreciação do órgão julgador²⁶⁷. Nesse ínterim, a primeira – e fundamental – ideia a ter em vista é a de que o juiz gestor comporta-se como um eficaz combatente do rígido formalismo processual, buscando sempre proferir a decisão mais justa possível no menor espaço de tempo, e com maior respeito às garantias das partes²⁶⁸.

Com efeito, o magistrado, no exercício de gestão, deve estar atento à *utilidade* do ato processual e não apenas à sua legalidade, sendo-lhe facultada até mesmo a omissão quanto à sua prática, se houver risco de prejuízo ao andamento do feito²⁶⁹. Ao juiz incumbe, assim, promover um processo flexível em vez de um rígido, reduzindo as custas, a duração e a complexidade inerentes à sua tramitação²⁷⁰.

O fim precípuo da gestão, destarte, é proferir uma sentença de mérito justa, com base num planejamento prévio²⁷¹ feito com a ajuda das partes e que promova a simplificação e agilização²⁷² do procedimento, facilitando o caminho para a decisão final. Com isso, acentua-se a natureza instrumental do processo, porquanto mais do que um complexo de atos e formas previstos em lei, que em si mesmo se esgota, ele se compreende como um meio dirigido à realização da justiça material²⁷³.

²⁶⁷ O *case management*, contudo, tem importância para a sustentabilidade da justiça, eis que, pelo ganho de tempo, abrevia também outros processos – veja-se MATOS, 2010, p. 136; e SCHWARZER; HIRSCH, p. 1.

²⁶⁸ FÁRIA, Paulo Ramos de. *Regime Processual Civil Experimental: A gestão processual no processo declarativo comum experimental*. Braga: Cejur, 2009, p. 21-24. O autor cogita até a existência de um princípio da eficiência como resultado da aglutinação dos princípios da economia e da celeridade processuais, num regime em que se permite a adequação das regras do procedimento para realizar a justiça com o menor dispêndio de tempo e recursos humanos e físicos (Id., p. 28).

²⁶⁹ FÁRIA, Paulo Ramos de; LOUREIRO, Ana Luísa. *Primeiras Notas ao Novo Código de Processo Civil: os artigos da reforma*. Coimbra: Almedina, 2014, 2ª ed., vol. I, 2014, p. 56.

²⁷⁰ SOUSA, Miguel Teixeira de. Apontamentos sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil. In *Cadernos de Direito Privado*, n.º 43, julho-setembro/2013b, p. 10.

²⁷¹ NUNO DE LEMOS JORGE aponta a fundamentalidade das fases de saneamento e condensação para definir os atos a serem adotados no processo (JORGE, 2007, p. 83).

²⁷² É certo que a gestão do processo pelo magistrado objetiva garantir a sua razoável duração (MATOS, 2010, p. 125), superando, com isso, a amplitude do poder de impulsão, porquanto se almeja uma dinamização permanente, sem se limitar às diligências *necessárias* ao andamento do feito (FÁRIA; LOUREIRO, p. 54). Deve-se atentar, todavia, para o fato de que duração razoável não é, necessariamente, curta. Com efeito, muitas vezes “rapidez e profundidade casam-se mal”, pois aquela amplia as chances de erro judiciário (JAUERNIG, p. 157); destaque-se, também, que a celeridade não é mais importante do que a preservação dos direitos das partes (CASANOVA, 2014a, p. 19). Conclui-se, assim, que “a complexidade do procedimento deve ser proporcional à complexidade da causa” (SOUSA, 2013b, p. 12).

²⁷³ REGO, 2004, p. 261. Na mesma linha, destacando a prevalência do mérito sobre a forma, RAMOS, p. 918. MIGUEL MESQUITA também se refere à necessidade de afastamento do processo amorfo, típico da ideologia liberal, por meio do exercício da gestão (MESQUITA, 2013, p. 134).

Anote-se, ainda, que embora atribuída ao juiz, a gestão também estabelece deveres às partes – sobretudo pela necessidade de cooperação destas com o tribunal –, o que denota a sua relevância para a condução do processo, maximizando-se o diálogo legitimador das decisões tomadas. É, pois, certo que sem uma atuação colaborante e diligente das partes, os atos praticados pelo magistrado não terão efeito prático algum²⁷⁴ – tanto assim que o art. 6º, n.º 1, do CPC/PT dispõe que a gestão não retira das partes o ônus de impulsão²⁷⁵.

Existem basicamente duas espécies de gestão do processo pelo magistrado: formal e material (*Formelle und Materielle Prozessleitung*). A diversidade entre as duas, no entanto, como pode parecer à primeira vista, não decorre dos fins perseguidos, já que a gestão será sempre exercida com vistas à composição materialmente justa do litígio. Com efeito, diferem as modalidades pelo objeto sobre o qual recaem: assim, diz-se *formal*, como o nome sugere, a gestão do *procedimento*; por outro lado, é *material* a gestão do *objeto do processo*²⁷⁶, constituído por pedido e causa de pedir.

No Brasil, embora o art. 244 do CPC/BR consagre o princípio da instrumentalidade das formas, não há uma figura singular da gestão processual. Apenas no Novo CPC/BR, o art. 139 confere ao magistrado alguns dos poderes necessários a essa gerência, limitando-a, todavia, a aspectos meramente formais.

Em Portugal, foi implementado no âmbito do RPE o dever de gestão com caráter estritamente formal, segundo se extraía do art. 2º do DL 108/2006. O art. 6º do atual CPC/PT, porém, alterou a redação daquele dispositivo, fazendo constar expressamente a busca pela justa composição do litígio através da gestão do processo, o que provocou divergência no plano doutrinário. De um lado, houve quem sustentasse que, se a realização da justiça é o fim de qualquer forma de gestão, persiste a consagração apenas no plano formal por não haver autorização expressa à gerência do pedido e da causa de pedir, o que colidiria com o princípio dispositivo²⁷⁷; de outro, defendeu-se que, tendo o legislador

²⁷⁴ Em defesa da necessidade de colaboração das partes e seus advogados com o juiz no exercício da gestão processual, cfr. RAMOS, p. 950-951; GOUVEIA, 2006, p. 28-29.

²⁷⁵ Nos EUA, o *Federal Judicial Center* recomenda que os juízes concedam o devido espaço para a atuação dos advogados, que inegavelmente possuem maior conhecimento do caso (SCHWARZER; HIRSCH, p. 16).

²⁷⁶ CAPPELLETTI, p. 419. Os poderes instrutórios não se inserem na seara da gestão material, por consistirem em conduta procedimental sem relação direta com o objeto do processo (OLVEIRA, p. 31).

²⁷⁷ Assim, FREITAS, 2013a, p. 228; GOUVEIA, 2006, p. 32; e FARIA; LOUREIRO, p. 48-49. TEIXEIRA DE SOUSA, embora aponte a existência de aspectos substancial e instrumental da gestão, reduz ambos ao último campo, na medida em que define o primeiro como o dever de conduzir o procedimento com a promoção de

estabelecido *textualmente* o propósito de usar a gestão para alcançar a justiça, todos os meios idôneos para tanto deveriam ser legitimados, incluindo a gestão do objeto do processo, em consonância com a progressiva matização daquele princípio²⁷⁸.

É certo que os obstáculos ao reconhecimento da plausibilidade da *gestão material* não se encontram apenas na doutrina portuguesa, mas em diversos países que consagram os mais variados regimes processuais²⁷⁹. Considera-se, no entanto, injustificável tal resistência diante da evolução que se tem observado nos últimos dois séculos relativamente à figura do juiz, narrada ao longo de todo este trabalho.

Com efeito, se é inequívoco que o processo visa, em última instância, à realização de justiça material no caso concreto; se, para tanto, ficou irremediavelmente estabelecida a necessidade de um magistrado atuante, que intervenha para refrear os excessos das partes e promover os atos necessários à consecução daquela finalidade; se, como já dito, o princípio dispositivo tem sido cada vez mais mitigado em prol da utilidade e da efetividade do processo, não se compreende o porquê de não serem conferidos ao julgador instrumentos de gestão do pedido e da causa de pedir dirigidos à composição materialmente justa do conflito, desde que sejam respeitados os direitos e garantias das partes. Em verdade, o problema apontado pelos que defendem uma condução meramente formal do processo não se encontra no consentimento mesmo dessas medidas, mas nos riscos de um seu exercício abusivo e ilícito – nesse caso, porém, o que se deve combater são os excessos mediante a imposição de limites, e não o próprio instituto em si. Tem-se, destarte, que se no início do século XX o *turning point* da disciplina processual civil foi a concessão de poderes instrutórios, de disciplina e de impulsão ao juiz, hoje o que se impõe é a legitimação de um

diligências, o indeferimento de medidas dilatórias e o suprimento da falta de pressupostos processuais – atos típicos da gestão formal, que o autor erradamente limita à adequação, simplificação e agilização do procedimento (SOUSA, 2013b, p. 11). IGREJA MATOS, mesmo não promovendo diretamente tal limitação, deixa clara a sua posição ao atrelar a gestão aos princípios da economia processual, da instrumentalidade da forma e da adequação formal, todos vinculados apenas ao procedimento (MATOS, 2010, p. 129).

²⁷⁸ É esse o entendimento de MIGUEL MESQUITA, para quem a gestão material “conduz a uma interferência judicial ao nível do fundo, conteúdo ou mérito da acção, sendo susceptível de influenciar o conteúdo da sentença” (MESQUITA, 2013, p. 145).

²⁷⁹ É o caso dos representantes do garantismo em Itália, Espanha, Portugal e Argentina, já nomeados, e dos processualistas ingleses e estadunidenses que em geral defendem um controle meramente procedimental do juiz, conforme exposto no item 3.1. Verifica-se, ainda, tal resistência em OLIVEIRA, 2003, p. 30; e em FENECH; CARRERAS, p. 243 e 255. Também deve ser realçado óbice imposto na Alemanha à gestão material, conforme se extrai de estudo de HABSCHEID de 1992, no qual se sustentava que ao juiz cabia apenas a direção do procedimento, devendo as partes conduzir materialmente o processo (HABSCHEID, p. 126).

manejo da causa de pedir e do pedido, como mecanismo de promoção da justiça no caso concreto e efetivação da integridade da ordem jurídica²⁸⁰.

De todo modo, e seja qual for a espécie de gestão, trata-se sempre de um poder-dever – como, aliás todas as posições ativas consentidas ao juiz –, na medida em que se vincula à finalidade de compor com justiça o litígio privado submetido à apreciação do tribunal²⁸¹. Ademais, toda a flexibilização promovida deve respeitar os direitos e garantias das partes²⁸², que ao lado do intervencionismo judicial constituem o cerne do processo civil.

Na perspectiva de tudo o quanto exposto até aqui, passa-se a elencar os instrumentos pelos quais a gestão processual pode ser exercida pelo magistrado. Por ora, serão abordados apenas os meios de gerência do procedimento; mais adiante, dada a relevância da matéria e o maior cuidado que se impõe no seu estudo, serão definidas as formas pelas quais pode ser promovida a gestão do pedido e da causa de pedir.

Três observações prévias, porém, são pertinentes: (i) as hipóteses de gestão definidas em lei não são taxativas, porquanto se trata de norma-princípio que, como tal, possui eficácia normativa direta, sem a necessidade de lei concretizadora, bastando o respeito à integridade do sistema jurídico constituído, dentre outros, pelos princípios dispositivo, da igualdade material, da imparcialidade e do contraditório^{283 – 284}; (ii) mesmo

²⁸⁰ Diz-se, com DEL CLARO, que “se não conduzisse formalmente o processo, dificilmente se conseguiria imaginar uma função para o juiz” (DEL CLARO, p. 175). Há, portanto, na linha evolutiva dos sistemas processuais, que se dar o passo adiante na consagração de uma gerência do pedido e da causa de pedir.

²⁸¹ Cfr., a propósito, MATOS, 2010, p. 126; GOUVEIA, 2006, p. 31; REGO, 2004, p. 258; VINCENZI, p. 58. PAULO FARIA e ANA LOUREIRO, ainda que partilhem da ideia de vinculação a um fim em todos os atos do magistrado, não usam o termo *poder-dever*, mas apenas *dever*, visto que para eles algumas medidas, embora de prática obrigatória, são confiadas ao prudente arbítrio judicial na forma de concretização (FARIA; LOUREIRO, p. 50-53). A *ratio*, entretanto, é a mesma ora perfilhada, o que já não acontece com TEIXEIRA DE SOUSA, para quem o exercício da gestão ocorre mediante decisões *discricionárias* do juiz (SOUSA, 2013b, p. 10). Uma evidência do reconhecimento, pelo CPC/PT, da obrigatoriedade de gestão processual, se verifica no art. 630º, n.º2, que admite a interposição de recursos contra decisões proferidas no seu exercício, desde que tenha havido violação dos princípios da igualdade ou do contraditório. Nessa linha, defende-se a recorribilidade até mesmo no caso de omissão do julgador no cumprimento do seu dever de gerência (FARIA; LOUREIRO, p. 61-63), sendo criticável o regime do CPC/PT por impor limites excessivos às hipóteses de impugnação das decisões (FREITAS, 2013a, p. 2321-232).

²⁸² GOUVEIA, 2007, p. 64.

²⁸³ FREITAS, 2013a, p. 231; e FARIA; LOUREIRO, p. 48-49. Estes últimos salientam que a previsão em lei serve para respaldar o juiz, máxime quando a decisão aparentemente viola os princípios gerais do processo.

²⁸⁴ De todos os limites elencados, o mais relevante de todos é o do contraditório, em especial pela eficácia imediata dos atos de gestão. JOLOWICZ, inclusive, ao tratar da mitigação do princípio dispositivo, aponta o contraditório como um dever a se respeitar em seu lugar (JOLOWICZ, 1990, p. 278). TEIXEIRA DE SOUSA reputa necessária a sua observância para a regularidade da adequação formal (SOUSA, 2013b, p. 13); e LOPES DO REGO sustenta que as garantias das partes serão devidamente respeitadas se elas forem científicas do plano de tramitação fixado pelo juiz após a apresentação dos articulados (REGO, 2004, p.

nos casos de gestão autônoma – assim entendidos os sem expressa previsão legal –, deve o juiz respeitar um *standard* procedimental mínimo, consistente nas possibilidades de alegação de fatos e fundamentos jurídicos, produção de provas e participação em contraditório²⁸⁵; e (iii) se a prática de um ato, qualquer que seja ele, depender da manifestação de vontade da parte para a sua realização, caberá ao juiz obter a sua resposta, sendo-lhe defeso suprir eventual omissão em atenção ao princípio dispositivo²⁸⁶. Dito isto, e tendo em vista que a gestão formal do processo não é senão uma adequação da sua forma dirigida à justa composição do litígio, conclui-se que a concretização do princípio, conforme se estabelece no art. 6º do CPC/PT, ora adotado como referência pela sua elogiável sintetização, se dá por meio de cinco métodos, todos consagrados sob a forma de cláusulas gerais²⁸⁷ e intimamente ligados entre si. São eles: *direção, impulso, sanação, agilização e simplificação* do procedimento.

As cláusulas gerais são instrumentos da técnica legislativa de vagueza semântica, usada nos casos em que a definição precisa de um elemento não é possível – assim, reputa-se vago o termo que não reflete apenas hipóteses precisas e incontroversas, mas também casos-limite. Como leciona KARL LARENZ, trata-se de pautas normativas cuja conceituação não se exaure em abstrato, devendo ser esclarecidas mediante exemplos concretos²⁸⁸.

263). PAULO FARIA e ANA LOUREIRO, conquanto destaquem a importância do contraditório para a segurança jurídica das partes e, ainda, para a legitimidade das decisões em virtude do seu caráter participativo – o que contribui para uma sua maior aceitação, reduzindo o número de recursos –, entendem que ele pode ser dispensado se não houver interferência com o objeto do processo, como nos casos em que se convida uma das partes a suprir irregularidades do articulado (FARIA; LOUREIRO, p. 59). Impõe-se considerar, a esse respeito, que mesmo quando o contraditório possa ser dispensado em uma fase inicial da gestão, deverá ser oportunizado após a prática do ato a que foi convidada uma das partes, sob pena de nulidade processual. Do mesmo modo, nos casos de alteração do procedimento, é devido o respeito ao contraditório mesmo não havendo mudança do objeto do processo.

²⁸⁵ SOUSA, 2013b, p. 14. PAULO FARIA salienta que o dever de gestão não faz do CPC/PT um prontuário onde se apanham atos e formas processuais que serão utilizados de acordo com a vontade exclusiva do juiz. Ele destaca que o juiz parte de uma forma pré-estabelecida e promove as adequações necessárias (FARIA, p. 16-17). No mesmo sentido, mas aludindo à “macroestrutura matricial do processo desenhada pela forma legal”, cfr. FARIA; LOUREIRO, p. 49.

²⁸⁶ REGO, 2004, p. 258-259. Esclareça-se, no entanto, que a manifestação da parte é no sentido da prática de um ato que não lhe pode ser imposto. No que concerne à gestão em si, compete apenas ao juiz decidir sobre a sua promoção, tendo sido superado, em prol da eficácia prática do princípio, o antigo entendimento de que a adequação formal deveria ser condicionada à vontade das partes (Id., p. 262).

²⁸⁷ LEBRE DE FREITAS ressalta que, dada a variedade de contornos dos casos concretos, os deveres de gestão exigem normas processuais abertas (FREITAS, 2013a, p. 229).

²⁸⁸ LARENZ, p. 410-411. Na mesma linha, DIDIER JR. salienta a relevância das cláusulas gerais para o desenvolvimento do direito mediante a atividade judicativa, visto que elas são realizadas pelo processo de concretização, contrariamente à subsunção verificada no modelo de sistema conceitual-abstrato. Dessa forma, o conteúdo de uma cláusula geral não pode ser definido *a priori*, mas sim *in concreto*, de acordo com a sua finalidade objetiva – no caso, a justa composição do litígio privado. Ele aponta, porém, a necessidade de fiscalizar a atividade do magistrado, para evitar o seu arbítrio (DIDIER JR., p. 56-57).

Há, portanto, diante da indeterminação prévia da substância dos instrumentos de gestão, e também dos efeitos decorrentes do seu exercício, uma zona de mobilidade pela qual o juiz trafega, sendo-lhe consentida alguma atividade criadora nos limites do que autoriza o sistema jurídico, com a manutenção do dever de fundamentar as suas decisões²⁸⁹ – “*diferrent things to different people, and there is no single correct method*”, prescreve o manual de *case management* produzido pelo *Federal Judicial Center* dos EUA²⁹⁰.

O mínimo de delimitação dos métodos de gerência do procedimento pode, entretanto, ser destacado. Diz-se, destarte, que (i) *direção* se relaciona com a intervenção ativa do juiz no sentido de conduzir o processamento do feito; (ii) *impulsão e sanação* têm que ver com a providência pelo andamento da causa, pela promoção das medidas necessárias ou pelo indeferimento de medidas impertinentes ou dilatórias; (iii) *simplificação* demanda uma tramitação menos *pesada*²⁹¹; e (iv) *agilização* implica uma forma mais fácil de compor o litígio²⁹². Nesse contexto, não é de se estranhar a multiplicidade das hipóteses de exercício da gestão referidas na lei²⁹³ e na doutrina. A despeito disso, tentar-se-á, nas próximas linhas, promover um agrupamento de tais possibilidades.

Um efetivo exemplo de gestão é a *imediação inicial*, comumente realizada por meio da audiência preliminar, ocasião mais eficaz para o magistrado buscar esclarecimentos junto às partes²⁹⁴. Ali, a exemplo do *le juge charge de suivre la procédure* francês, pode-se aproximar as partes em busca da autocomposição – até porque nessa altura a litigiosidade não atingiu ainda o seu ápice – e passar as impressões sobre o processo, dialogando sobre as formas de sua condução. Ademais, o juiz também pode

²⁸⁹ Por conta dessa desvinculação à rigidez da formalidade prevista em lei, considera-se que as decisões de gestão se fundam, n’alguma medida, em critérios de conveniência e oportunidade (FARIA, p. 48), algo que deve ser visto com muita cautela em virtude dos instrumentos de controle do seu conteúdo.

²⁹⁰ SCHWARZER; HIRSCH, p. 1. RICHARD MARCUS, em linha oposta, defende que devem ser estabelecidos padrões de *case management*, em vez de poderes específicos para cada caso (MARCUS, p. 110-111).

²⁹¹ SOUSA, 2013b, p. 11.

²⁹² SOUSA, 2013b, p. 11.

²⁹³ Cfr., apenas a título exemplificativo, no CPC/PT, os arts. 547º; 569º, n.º6; 590º; 591º; 597º, al. “d”; e 607º, n.º 1; e no Novo CPC/BR, os arts. 357 e 139, inc. II, III, VI, IX e X.

²⁹⁴ MATOS, 2010, p. 129-130; e FREITAS, 2013b, p. 40 e 188. Notícia ANTUNES VARELA que com a reforma do CPC/PT de 1995/1996, foi instituído o despacho pré-saneador e o juiz passou a apenas ter contato com a petição inicial após concluída a fase dos articulados, salvo algumas exceções, como nos casos de revelia, urgência na citação ou recusa da secretaria ao recebimento da petição (VARELA, João de Matos Antunes. A reforma do processo civil português – Principais inovações na estrutura do processo declaratório ordinário. In *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 130, n.º 3880, 1997, p. 194-195). O desacerto da medida se revelou com o retorno da imediação inicial no CPC/PT de 2013.

diligenciar a regularização da instância, com o suprimento da falta de pressupostos processuais, sendo certo que, caso o vício não seja sanado pela parte, o processo poderá ser extinto de plano²⁹⁵.

Nos EUA, foram difundidas a *preliminary pretrial conference* (similar à audiência preliminar), na qual são amplamente debatidas as questões controvertidas pelas partes, o que antecipa o estudo do juiz e dos advogados sobre o caso, possibilitando uma melhor produção da prova; e a *final pretrial conference*, na qual, após a *discovery*, são definidas as matérias que serão objeto do *trial*, bem como delineadas as regras que o conduzirão²⁹⁶.

Outra forma de gerir o procedimento é mediante a sua *calendarização*, que pode ser realizada na própria audiência inicial²⁹⁷, em conjunto com os litigantes ou por aprovação de proposta deles. Com isso, fixam-se os prazos e ritos a serem observados, possibilitando até mesmo a imposição de sanções à parte que os descumprir²⁹⁸.

Por fim, é possível falar-se ainda em uma *flexibilização procedimental*, que abarca diversos mecanismos de gestão. Com efeito, a depender das especificidades da causa e do objetivo que se pretende alcançar com o ato, pode ser alterado todo o procedimento – o que ocorre no caso de uma mudança do rito previamente estabelecido – ou apenas parte dele – a exemplo da supressão, acréscimo ou mutação da forma de um ato específico^{299–300}.

²⁹⁵ De fato, incumbe ao juiz envidar todos os esforços para que o mérito da postulação seja apreciado. Se, contudo, a ausência de pressupostos processuais não for suprida pela parte, é preferível que a instância seja logo extinta, para evitar que todo o processo tramite e apenas ao final seja evidenciada a sua total inutilidade (FREITAS, 2013a, p. 226-227; AROCA, 2001, p. 96-97; e FENECH; CARRERAS, p. 246-251). DIDIER JR., em comentário à decisão do STJ/BR, proferida em 18/11/2013 no julgamento do REsp n.º 1.305.878 relativamente à possibilidade de emenda da petição inicial após a contestação, criticou o fato de o processo ter chegado à terceira instância julgadora somente para que fosse apreciada a admissibilidade da ação. E, adverte, “com a decisão do STJ, o autor terá de promover nova demanda, consertando o defeito, pagando novas custas processuais, citando o réu novamente, que certamente terá de pagar novamente a seu advogado, que apresentará a mesma contestação apresentada anteriormente (talvez, apenas talvez, sem a alegação de inépcia)”. Para ele, deve ser sempre oportunizada a correção de um vício, quando detectado no curso do processo, visto que “o sistema de invalidades serve para que não se decretem as invalidades processuais” (DIDIER JR., Fredie. *Editorial n.º 178. Emenda da inicial. Crítica a recente decisão do STJ. Possibilidade de emenda da inicial após o oferecimento da contestação, para corrigir inépcia*. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-178/>. Acesso em: 26.11.2013).

²⁹⁶ Cfr., a propósito, SCHWARZER; HIRSCH, p. 3-9 e 13-16.

²⁹⁷ SCHWARZER; HIRSCH, p. 7.

²⁹⁸ ANDREWS, 2000, p. 26 e 32; MATOS, 2010, p. 131.

²⁹⁹ SOUSA, 2013b, p. 12; GOUVEIA, 2006, p. 33; FREITAS, 2013a, p. 229-230; e CABRAL, p. 141-142. Fala-se, ainda, no mesmo sentido, em “tramitação sucedânea” (MARQUES, p. 213; e REGO, 2004, p. 261).

³⁰⁰ A flexibilidade também é reflexo da pretendida agilização. Com efeito, a celeridade do procedimento autoriza a desconsideração de pleitos tecnicamente descabidos ou impróprios (ANDREWS, 1994, p. 22), bem como a agregação de processos para a prática de um ato único (GOUVEIA, 2006, p. 36). Note-se, nesse

De fato, no exercício da flexibilização, o juiz assume o comando do procedimento para, em harmonia com os ditames constitucionais, adequá-lo à realidade do conflito no que atine à produção de provas e à distribuição do seu ônus; à flexibilização de prazos e preclusões em geral; e à admissibilidade de petições à primeira vista descabidas³⁰¹⁻³⁰². O certo é que todos os atos serão dirigidos à utilidade e efetividade do processo, evitando o ajuizamento de ações repetidas e otimizando os efeitos das que já foram ajuizadas.

Tendo todo o exposto em mente, conclui-se, com PAULO FARIA, que “*os ambiciosos objectivos da gestão processual só podem ser atingidos se do juiz se obtiver proximidade e ‘interventividade’, mas também distanciação; cooperação, mas também autoridade; uma postura humilde, mas também super partes*”³⁰³.

4.3 POSSIBILIDADES E LIMITES DA GESTÃO MATERIAL

Os pressupostos dogmáticos expendidos no percurso desenvolvido revelam ser imprescindível o reconhecimento da legitimidade da gestão do pedido e da causa de pedir, “*exigindo do órgão jurisdicional uma participação mais ativa na busca pela melhor maneira de garantir que as partes consigam do processo aquilo que se propuseram obter*”³⁰⁴. Assim, na linha da *ratio* inspiradora do §139 da ZPO/AL – que não por acaso de intitula *condução material do processo* –, buscar-se-á, doravante, delimitar os meios pelos quais é possível fazê-lo e, ainda, fixar os limites que lhe são ínsitos.

Há, pois, um verdadeiro dever do magistrado de gerir o objeto do processo – e não uma mera permissão normativa –, cuja omissão pode, tal como sucede no direito alemão, conduzir à nulidade do procedimento³⁰⁵. Não se nega, por óbvio, que tal instituto toca diretamente em pontos muito sensíveis de toda a compreensão da disciplina processual, e pode, de fato, ampliar o risco de parcialidade do juiz; cumpre atentar,

sentido, que o art. 265º do antigo CPC/PT dispunha que cabia ao juiz “providenciar pelo andamento regular e célere do processo”, ao passo que o atual art. 6º, n.º 1 fala apenas em “providenciar pelo seu andamento célere”, revelando o maior desapego à formalidade pré-estabelecida (FARIA; LOUREIRO, p. 53).

³⁰¹ CABRAL, p. 145-146. A autora destaca que, a despeito da menor previsibilidade do rito, a segurança jurídica não fica abalada, visto que a flexibilização se compatibiliza com o devido processo legal substancial, atendendo aos anseios dos litigantes por uma justiça mais efetiva (Id., p. 138 e 140-141).

³⁰² ANDREWS alude ao juiz Salomão como um protótipo do *case management*, pois teria gerido a prova para afastar a necessidade de sua produção (ANDREWS, 2000, p. 29). No entanto, pela vedação imposta ao arbítrio judicial, não se pode concordar com tal ilação.

³⁰³ FARIA, p. 24.

³⁰⁴ GALINDO, p. 65. Para a autora, o *substantive due process of law* estabelecido no art. 5º, inc. LIV, da CF de 1988, demanda a gestão material para a legitimação do processo (Id., p. 72).

³⁰⁵ DEL CLARO, p. 178-179.

contudo, que além de haver instrumentos – já referidos – de controle desse risco, a gestão material traduz a alternativa mais eficaz para compor de forma materialmente justa o litígio, fazendo cessar de fato o conflito e protegendo a esfera jurídica dos cidadãos que se socorrem ao Poder Judiciário para reparar a lesão ou ameaça de lesão a seus direitos³⁰⁶.

Busca-se, com a gestão material, reduzir os desníveis objetivos porventura existentes entre as partes, como forma de promover uma igualdade material dentro do processo, sobretudo quando um dos litigantes demonstrar incapacidade para assegurar uma defesa hábil e qualificada dos seus interesses³⁰⁷. Nesse sentido, o juiz poderá recomendar a alteração, a supressão ou a inclusão de um ou mais pedidos ou elementos constitutivos da causa de pedir, se tal for *necessário* à efetiva realização da justiça e, por consequência, à utilidade e à otimização do resultado do processo em curso, sem se limitar aos casos em que constitui o único meio para impedir a propositura de uma *nova* ação.

Há que se atentar, contudo, para a linha muito tênue que separa o juiz que atua como um gestor pró-ativo daquele que se imiscui nas principais tarefas das partes, incorporando o senso de justiça delas e, com isso, abrindo mão da sua neutralidade e imparcialidade³⁰⁸. Não se pode permitir que o exercício da direção material do processo seja contaminado por um paternalismo judicial, em que o julgador desconsidera a capacidade das partes de se autodeterminarem, substituindo-as no exercício das funções suas ou dos seus advogados³⁰⁹.

O quanto exposto permite extrair uma conclusão essencial, a saber: ao magistrado cabe apenas *sugerir* a prática de um ato relativo ao pedido ou à causa de pedir irregular, incompleta, imprecisa ou ausente, sendo-lhe defeso *impor* a própria vontade sobre a do litigante, manifestada expressa ou tacitamente³¹⁰. Assim, se a parte silenciar após o convite do juiz, ou atuar de modo diverso do proposto, deve arcar com os efeitos do seu ato³¹¹.

³⁰⁶ Para MIGUEL MESQUITA, são alicerces da gestão a efetividade e a utilidade da prestação jurisdicional, o aproveitamento dos atos processuais e a economia processual (MESQUITA, 2013, p. 140 e 145). Entende-se, porém, que esta última é instrumental perante aqueles, pois pode ser preterida pelo reforço da intervenção do juiz, a exemplo do convite ao aperfeiçoamento do pedido ou da causa de pedir (CASANOVA, 2014, p. 13).

³⁰⁷ CAPPELLETTI, p. 420.

³⁰⁸ “É por isso”, aponta DEL CLARO, em alusão à Alemanha, “que o Tribunal Constitucional limita a direção material do processo à vontade das partes. É proibido ao juiz sugerir à parte pedidos que não foram realizados, apontar fatos que não foram alegados ou apontar possíveis defesas que não foram arguidas” (DEL CLARO, p. 182-183). Tal posição, embora respeitável, diverge da matriz da gestão material aqui defendida.

³⁰⁹ Nesse sentido, MESQUITA, 2013, p. 150; e DEL CLARO, p. 192.

³¹⁰ A doutrina é tranquila quanto a esta questão. Em referência direta à gestão material tal qual definida neste trabalho, cfr. MESQUITA, 2013, p. 146; JAUERNIG, p. 139; CAPPELLETTI, p. 419-420; DEL CLARO, p.

Dessume-se, também, do arquétipo do juiz gestor no âmbito de um processo democrático, uma repulsa ao proferimento de decisões *ultra* e *extra petita*, por se tratar de imposição ilegítima da vontade do magistrado sobre a da parte³¹². Com efeito, a injustiça que pode resultar da observância aos limites objetivos pré-estabelecidos pelos litigantes se faz sentir muito menos do que a advinda da violação abusiva e indesejada da autonomia da vontade privada das partes.

Sucede que não é apenas à esfera de liberdade individual das partes que se encontra adstrito o juiz no exercício da gestão. Como já se disse em outras oportunidades neste trabalho, todos os princípios do processo, além dos direitos e garantias dos litigantes, constituem obstáculos ao avanço do magistrado, que deve sempre atentar a esses limites na execução dos seus misteres. Destaca-se, todavia, como requisito mínimo de legitimidade dos seus atos, o contraditório consubstanciado no já referido dever de consulta, que assume importância fulcral na tutela das partes contra o arbítrio do Estado-juiz³¹³.

Definidos os pressupostos e limites da gestão material do processo, indaga-se: quais os instrumentos disponíveis para exercê-la? As luzes a esta questão serão lançadas a seguir, primeiramente quanto ao pedido e, depois, à causa de pedir.

4.3.1 Gestão do Pedido

A gestão do pedido pressupõe uma flexibilização do princípio da congruência em prol da efetividade do processo e da proteção do patrimônio jurídico das partes³¹⁴. Os meios de o juiz operá-la, por razões de ordem didática, serão tratados separadamente – são eles: (i) o *convite ao aperfeiçoamento*; (ii) a *alteração*; (iii) o *conhecimento oficioso* e a *qualificação diversa*; e (iv) a *ampliação* do pedido.

180; e GALINDO, p. 84-85. Tratando de outras diligências determinadas pelo juiz em sede de gestão formal ou cooperação, cfr. ANDREWS, 1994, p. 39-40; SOUSA, 2000, p. 59; e FREITAS, 2013a, p. 166.

³¹¹ JAUERNIG, p. 139; e GALINDO, p. 85. Com efeito, mesmo se sustentando a mitigação do princípio da autorresponsabilidade das partes em prol da intervenção ativa do juiz, tal não significa a sua abolição, impondo-se a garantia de um mínimo da sua eficácia (MESQUITA, 2013, p. 146).

³¹² Note-se, nesse íterim, que a despeito da possibilidade de modificação da causa de pedir prevista no §139 da ZPO/AL, o §308 do mesmo diploma positiva o princípio da congruência, evidenciando a impossibilidade de o juiz ultrapassar a vontade das partes.

³¹³ O §321 da ZPO/AL, que prevê a possibilidade de impugnação das decisões proferidas ao abrigo do §139 quando estas violarem o contraditório, é interpretado ampliativamente para abranger todos os direitos fundamentais processuais das partes (DEL CLARO, p. 187-188). Naquele país, entende-se que “um processo justo inclui a necessária existência de um remédio contra a violação de direitos processuais. Trata-se do reconhecimento de um direito de proteção jurídica contra o juiz” (Id., p. 190). Tal limitação à conduta do juiz, embora possa provocar um desestímulo à direção ativa do processo em virtude do receio de reforma das decisões (é o que aponta CASANOVA, 2014a, p. 15), é fundamental para a integridade da ordem jurídica.

³¹⁴ MARINONI, 2003, p. 558; e MESQUITA, 2013, p. 143.

A figura do convite ao aperfeiçoamento do pedido, prevista no art. 590º do CPC/PT, não é tão recente. ALBERTO DOS REIS já na década de 30 afirmava a possibilidade de alertar as partes sobre deficiências, irregularidades e vícios sanáveis, e de convidá-las a esclarecer e completar a matéria fática e os meios de prova indicados³¹⁵. Tal perspectiva, porém, se limita aos antigos poderes de impulsão, não se coadunando com os novos atos passíves de serem sugeridos por meio desse despacho³¹⁶⁻³¹⁷.

Com efeito, o princípio da cooperação impõe ao julgador que atue no sentido de auxiliar as partes, autora e ré, no cumprimento dos seus ônus de conclusão³¹⁸. Assim, por exemplo, deverá sugerir o esclarecimento do pedido – no caso de não ter sido indicado qual dos co-reús se pretende responsabilizar –, o seu complemento – na hipótese de ter sido pleiteada indenização sem o apontamento do *quantum debeatur* – ou mesmo a sua correção – se houver erros gráficos ou jurídicos que tornem a petição inepta, impedindo o seu entendimento e até a procedência da pretensão.

As mesmas razões acima apontadas devem conduzir o magistrado a exortar as partes no sentido da alteração do pedido, sobretudo quando a sua formulação ocorre em termos drásticos. É elucidativa nesse particular a ação julgada pelo STJ/PT (Ac. de 13/09/2009, Rel. Cons. Alberto Sobrinho³¹⁹), onde se pretendia interditar uma padaria cujo maquinário produzia ruídos que vinham causando transtornos à vizinhança. Os julgadores reputaram adequada a decisão de limitar o horário de funcionamento das máquinas do local ou, em substituição, de substituir o maquinário existente por um dotado de tecnologia

³¹⁵ REIS, 1933, p. 211.

³¹⁶ A referência ao despacho se dá por ser a manifestação mais comum do convite ao aperfeiçoamento. Há, porém, conforme aponta CAPPELLETTI, outros modos de exercê-lo, como o interrogatório de clarificação previsto no §180 da ZPO/AU (CAPPELLETTI, p. 420-421).

³¹⁷ ANTUNES VARELA adere a essa postura conservadora ao criticar com acidez a intromissão no objeto do processo mediante o convite ao aperfeiçoamento do pedido. Ele alerta para a perda da imparcialidade do juiz, fazendo uso de expressões como “suprimento soprado pela boca onisciente do julgador”, “super-maestro”, “bom samaritano da parábola evangélica” e “apóstolo do direito” para pontuar a sua suspeita sobre o mau uso do instrumento; e conclui no sentido de que essa possibilidade elimina as diferenças essenciais entre as funções do juiz e dos advogados das partes (VARELA, p. 195-199).

³¹⁸ Aduz JAUERNIG que todas as partes terão direito ao mesmo tratamento, independentemente da assistência prestada por advogado particular ou do caráter grosseiro da inconclusão, segundo posição majoritária da qual o próprio autor se afasta (JAUERNIG, p. 137). Ele salienta, no entanto, que a parte patrocinada por advogado depende muito menos do socorro do juiz, impondo-se-lhe um mais rigoroso ônus de iniciativa. Nesse contexto, noticia ainda o entendimento do BGH no sentido de que não é cabível o esclarecimento junto às partes se o patrono do *ex adverso* já tiver sinalizado a inconclusão (Id., p. 141). Trata-se, *data venia*, de posição que contraria a própria *ratio* do *Aufklärungspflicht*, porquanto a sinalização prévia pelo adversário costuma ocorrer justamente quando há uma desigual qualidade da representação, situações que sabidamente demandam uma maior intervenção do magistrado.

³¹⁹ Citada em MESQUITA, 2013, p. 144.

superior que não causasse os ruídos. Também os casos descritos na nota 17 *supra* demandam a gestão do pedido pelo juiz, para que se alcance a solução mais justa para a composição do litígio, tornando o processo útil e efetivo e evitando-se até mesmo a propositura de uma nova ação dirigida à tutela do mesmo interesse, porém com pedido distinto³²⁰. Há que se ressaltar, contudo, a necessidade de respeitar o contraditório para legitimar o ato, o que não ocorreu, por exemplo, no acórdão do TR do Porto, a despeito do evidente acerto no seu mérito.

No Brasil, consoante referido no tópico 2.4 *supra*, o atual CPC/BR, em seu art. 461 (com redação semelhante à do art. 84 do CDC/BR), já possibilita a alteração do pedido em sede cognitiva – ou do comando jurisdicional no procedimento executivo – com vistas a adequar a decisão à realidade dos fatos narrados pelas partes, aproximando-se da justiça material³²¹. Para tanto, é fundamental que o juiz assuma um papel pró-ativo, atuando em contraditório para provocar as mudanças necessárias ao alcance dos objetivos do processo.

Em Portugal, para além dos dispositivos legais já mencionados anteriormente, LOPES DO REGO também defende a alteração do pedido quando se verificar que o autor pretende a tutela de determinado interesse juridicamente tutelado, mas não requereu a providência mais correta. Nesse casos, é facultado ao julgador deferir uma medida diversa para alcançar o mesmo efeito originariamente pretendido. Assim seria a hipótese de o autor pleitear o reconhecimento de um direito de propriedade sobre um bem, e de ser o réu condenado a fazer a transferência de parte do bem para o seu patrimônio³²².

O terceiro instrumento de gestão do pedido se divide na qualificação jurídica diversa da promovida pela parte autora e no conhecimento oficioso de pedidos implícitos. Ambas as categorias, mencionadas no tópico 2.4 *supra*, não devem ser entendidas apenas como faculdades do julgador, exercidas passivamente mediante provocação, mas sim como condutas de caráter imperativo, que impõem a sua iniciativa de alertar as partes a respeito da possível convalidação do pedido formulado em termos juridicamente incorretos, ou mesmo não formulado, mas cognoscível de ofício.

³²⁰ MESQUITA, 2013, p. 142.

³²¹ Cfr., a esse respeito, MARINONI, 2003, p. 560; e MESQUITA, 2013, p. 143.

³²² REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do. O princípio do dispositivo e os poderes de convalidação do juiz no momento da sentença. In *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Lebre de Freitas*. Coimbra: Coimbra Editora, vol. I, 2013, p. 801-803. O autor trata esses casos e o do art. 461 do CPC/BR como convalidações do magistrado em decorrência da qualificação jurídica diversa do *petitum*. Entende-se, contudo, que as situações são típicas de alteração do pedido na esfera de uma gestão material, porquanto o autor pediu uma providência e não teve mais nem menos, mas simplesmente outra.

De fato, a convolação de pedidos com erro de qualificação jurídica se reveste de uma maior cautela em virtude da natural juridicidade do próprio pedido, que traduz a pretensão deduzida pela parte interessada – destarte, se não se discute a flexibilidade na qualificação jurídica da causa de pedir, cuja factualidade é acentuada, o mesmo não se pode dizer aqui. Exige-se, pois, todo o cuidado para o juiz não se imiscuir nas funções dos litigantes, ao mesmo tempo em que não se pode deixar de promover a substituição do pedido em nome de uma concepção sacralizada do princípio dispositivo, especialmente quando a ausência de gestão pode prejudicar a tutela efetiva de um direito³²³.

Importa também ressaltar, sobre a qualificação jurídica diversa do pedido, que a pretensão da parte permanece a mesma, na medida em que não se altera o efeito prático-jurídico que se deseja obter³²⁴, permanecendo uma homogeneidade entre o seu desejo e a prestação jurisdicional³²⁵. No caso em que se pleiteia a nulidade de um negócio jurídico quando, em verdade, ele é apenas anulável, o fim do pedido é rigorosamente o mesmo, qual seja a desobrigação quanto ao contrato firmado.

Por fim, a gestão do pedido se dá pela exortação às partes no sentido de ampliá-lo. Aqui, não deve o juiz limitar-se aos casos de alteração do *petitum* legalmente previstos, mas agir no sentido do aproveitamento e utilidade do processo, mitigando a preclusão aplicável e apontando, se for o caso, possíveis insuficiências do pedido, oportunizando em contraditório os acréscimos necessários³²⁶, desde que coerentes com a postulação inicial³²⁷.

³²³ REGO, 2013, p. 792-794.

³²⁴ REGO, 2013, p. 796. Uma visão mais cautelosa da convolação de pedidos com erro em sua qualificação jurídica é trazida por MENEZES CORDEIRO, em anotação ao Ac. STJ/PT de 19/02/1991, Rel. Cons. Beça Pereira. O autor sustenta que, tendo o autor formulado pedido de anulação do contrato de doação, e sendo o negócio apenas ineficaz perante o credor, trata-se de matéria substancial que não pode ser substituída pelo julgador, impossibilitando a convolação. E conclui, em linha divergente da ora sufragada a respeito da matização do princípio dispositivo e da amplitude do conceito de pretensão enquanto efeito jurídico desejado: “o pedido que traduz meras qualificações jurídicas pode ser corrigido pelo Tribunal; mas não assim quando implique um teor substantivo: qualquer alteração iria contundir com o princípio do dispositivo e com o do contraditório. [...] No caso do acórdão, o Autor pediu a anulação do acto impugnado e dos respectivos registos; não há, apenas, lapso na qualificação; há um pedido de fundo dirigido no sentido de apagamento total do acto; e aí não pode o Tribunal corrigir: deve declarar a sua improcedência” (CORDEIRO, António Menezes. Anotação ao acórdão de 19 de fevereiro de 1991. In *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 51, julho/1991, p. 568-569 e 572).

³²⁵ O mesmo sucede nos já aludidos casos de alteração do pedido.

³²⁶ É descabida, aí, a iniciativa oficiosa do juiz (REGO, 2013, p. 797).

³²⁷ Sem embargo, tendo o autor promovido uma limitação do pedido ao ajuizar a ação, produzem-se os efeitos da confissão e renúncia relativamente ao direito material (FREITAS, José Lebre de. *Ampliação do pedido em consequência ou desenvolvimento do pedido primitivo. In Em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral* (org. Augusto de Athayde, João Caupers e Maria da Glória Garcia). Coimbra: Almedina, 2010, p. 1306-1308). A questão se coloca em termos problemáticos nas situações em que o direito

É sabido que o tratamento dado à matéria tem sido divergente em vários países³²⁸. No Brasil, o art. 264 do CPC/BR limita a possibilidade de alteração unilateral do pedido pelo autor, proibindo-lhe de fazê-lo sem o consentimento do réu após a citação e, mesmo com a sua aquiescência, após o saneamento do processo³²⁹; ademais, o art. 293 estabelece que o pedido deve ser interpretado restritivamente. Já em Portugal, o art. 265º, n.º 2, do CPC/PT permite a ampliação do pedido, pelo autor, até o fim da discussão em primeiro grau, no caso de desenvolvimento ou consequência do originário³³⁰.

Um pedido será consequência de outro se a procedência deste implicar a daquele, constituindo-se entre ambos um vínculo de implicação, o que sucede no caso de se pleitear a anulação de um negócio jurídico e, após, ampliar o pedido para buscar a devolução do adiantamento pago na assinatura do contrato. Por outro lado, haverá desenvolvimento do pedido primitivo na hipótese de acréscimo de conteúdo acessório ou complementar da mesma natureza, ou quando se buscar a totalidade do que fora pleiteado apenas em parte, verificando-se entre os dois uma relação de conteúdo, a exemplo do que ocorre, em Portugal, com os juros e a correção monetária, que dependem de formulação expressa³³¹.

A ampliação pode até implicar uma mudança na causa de pedir – desde que haja vinculação dos novos fatos aos originários³³² –, entrelaçando-se as gestões dos elementos

que se pretende tutelar seja previsto em norma inderrogável, como ocorre nas lides laborais. Cfr., a propósito, o capítulo 5 *infra*.

³²⁸ LEBRE DE FREITAS dá notícia de alguns sistemas processuais. Na Alemanha, o §263 da ZPO/AL permite que o juiz admita a alteração do pedido desde que repute conveniente com base em critérios objetivos, como evitar a propositura de uma nova ação; e o §264 possibilita à parte alterar o pedido a qualquer momento, desde que não interfira na causa de pedir. Em França, o pedido pode ser alterado sempre que houver conexão “suficiente”, conforme os arts. 65 e 70 do CPC/FR. Em Itália, a flexibilidade é menor, visto que os arts. 183-1 e 184 do CPC/IT facultam apenas uma emenda ao pedido, sem que se constitua um novo, precisando-o ou modificando-o até o fim da instrução. Por fim, em Espanha, os arts. 424-1 e 416-1 a 3 da LEC só permitem o esclarecimento do pedido, e ainda assim até a audiência preliminar (FREITAS, 2010, p. 1298-1300).

³²⁹ BARBOSA MOREIRA destaca que antes do atual CPC/BR, o pedido não podia ser alterado após a inicial, motivo porque o limite da citação fixado na lei já seria satisfatório (MOREIRA, 1996, p. 210). Entende-se, no entanto, que se houve evolução para alcançar tal ponto, também deverá haver para possibilitar a redução da eficácia do sistema de preclusões. Assim, se antes era exagero vedar as mudanças após a inicial, no atual estágio de entendimento do processo civil já não se justificam os óbices à alteração do pedido após a citação.

³³⁰ Tal ideia não é recente em Portugal. Já na década de 40, eram amplas as hipóteses de modificação do pedido mesmo sem acordo das partes, inclusive de ampliação nos casos de desenvolvimento ou consequência do pleito primitivo até o fim dos debates havidos na audiência de instrução e julgamento (REIS, 1946, p. 89-92). Ademais, o art. 237º, n.º 2, do CPC/PT, permitia a ampliação até a réplica, ou, se esta fosse dispensada, até o fim das discussões em primeiro grau (FREITAS, 2010, p. 1300).

³³¹ FREITAS, 2010, p. 1302-1304.

³³² É o que se extrai das lições de CASTRO MENDES: “O que é necessário é que a ampliação ou o pedido cumulado seja desenvolvimento ou consequência do pedido primitivo, e que por conseguinte tenham essencialmente origem comum – causas de pedir, senão totalmente idênticas, pelo menos integradas no mesmo complexo de fatos” (MENDES, João de Castro. *Direito Processual Civil*. Lisboa: Associação Acadêmica, vol. II, 1980b, p. 347). No mesmo sentido, FREITAS, 2010, p. 304; e FREITAS, 2013a, p. 213.

que integram o objeto do processo. Assim deve ser entendido o art. 265º, n.º 1, do CPC/PT, que, por restringir sobremaneira as hipóteses de alteração da *causa petendi*, compromete a ampliação do pedido e, conseqüentemente, a utilidade e a efetividade do processo.

É certo que a ampliação do pedido não poderá perturbar nem trazer inconvenientes ao seu regular desenvolvimento, circunstância a que deverá permanecer sempre vigilante o juiz³³³. Não menos certo, entretanto, é que, lida tal lição *a contrario sensu*, muitas vezes será o impedimento a tal ampliação que provocará distúrbios ao andamento do feito. Cite-se, por oportuno, o caso verídico narrado por PAULO FARIA³³⁴: ali, o autor, após ser notificado para emendar a inicial, acrescentou novos pedidos, o que foi aceito pelo juiz, com a garantia do contraditório pela parte contrária. A solução, por ter respeitado as garantias dos litigantes, trouxe estabilidade ao processo, de tal modo que não foi interposto recurso do despacho, e puderam ser resolvidos todos os problemas subjacentes ao conflito interpessoal.

4.3.2 Gestão da Causa de Pedir

A mentalidade interventiva e anti-preclusiva do juiz, dirigida à justa composição do litígio e à efetividade e utilidade do processo, deverá também norteá-lo no exercício da gestão da causa de pedir, que se dá por meio de dois instrumentos, a saber: (i) o *aproveitamento de fatos não alegados e provados durante a instrução, ainda que relativos a pretensões não deduzidas*; e (ii) o *estímulo à ampliação da causa de pedir*.

O primeiro deles possibilita ao julgador uma maior aproximação da verdade dos fatos sem, contudo, violar a sua imparcialidade, na medida em que o conhecimento da matéria resultou da atividade probatória inicialmente dirigida ao acervo fático aportado ao processo pelas partes. Como bem assinala MARIANA GOUVEIA, “o melhor sistema processual é aquele que considera na sua decisão todos os factos que resultaram da produção de prova e não apenas aqueles que [...] foram alegados nos articulados”³³⁵.

Importa esclarecer, desde logo, que não se pretende, com isso, escancarar as portas do processos para a chicana, e o acobertamento de estratégias escusas das partes no sentido de alegação ou prova tardia de fatos do seu interesse. Com efeito, devem ser estabelecidos critérios, ainda que flexíveis, para o conhecimento de tais fatos, como “nexo

³³³ MENDES, 1980b, p. 343.

³³⁴ FARIA, p. 41-42.

³³⁵ GOUVEIA, 2013, p. 600. Propõe a autora, *de lege ferenda*, a admissão dos fatos surgidos na instrução que sejam conexos com os alegados pelas partes e não perturbem o andamento do feito” (Id., p. 617).

factual, transação econômica ou pretensões dependentes”, de modo a que seja valorizado o momento do julgamento em detrimento do da alegação de fatos³³⁶. Dessa forma, caso a parte tenha omitido os fatos de má-fé, não poderá posteriormente vê-los aproveitados, incidindo os efeitos da preclusão³³⁷.

Na hipótese de a causa de pedir corresponder a um fato jurídico – como o direito de propriedade – a admissibilidade de fatos não alegados e provados será ainda mais evidente, porquanto o objeto da prova é a própria previsão normativa, e não a sua fonte ou causa geradora³³⁸. Assim, caso o autor alegue ter adquirido a propriedade de um bem por compra e venda, mas resulte provado que o recebeu em doação, tal fato não deverá ser desconsiderado pelo juiz gestor e atento ao fim do processo de realizar a justiça.

Destarte, não tendo o magistrado renunciado ao seu papel de terceiro para averiguar fatos não alegados pelas partes – vez que estes surgiram da própria atividade instrutória –, não se vislumbra qualquer violação substancial ao princípio dispositivo, especialmente porque o aproveitamento da factualidade estará subordinado à manifestação da vontade da parte, que não se deve presumir.

O segundo instrumento concerne à provocação do juiz, dirigida às partes, no sentido de aporte de novos fatos ao processo, quando se apercebe da sua relevância sem que haja prova da sua ocorrência. A pró-atividade do magistrado, com mentalidade essencialmente preventiva, pode ainda antecipar a alegação de fatos omitidos nos articulados principais, seja por meio do convite ao aperfeiçoamento da inicial, seja na audiência preliminar³³⁹. Com isso, seriam fatalmente reduzidos os transtornos decorrentes da aquisição posterior dos fatos com relevância jurídica para o deslinde do feito, além de se evitar o ajuizamento de novas ações embasadas na mesma pretensão, mas com causa de pedir distinta. E, para além disso, o não aproveitamento de fatos provados no curso da instrução, se somado à omissão do magistrado no convite ao aperfeiçoamento da inicial,

³³⁶ GOUVEIA, 2013, p. 600-601. LOPES DO REGO preconiza que tem mais importância a conexão objetiva do fato posteriormente adquirido com a factualidade alegada na petição na inicial do que os motivos pelos quais ele não foi inicialmente aportado (REGO, 2004, p. 255). Há, pois, uma espécie de consenso na linha da mitigação do regime preclusivo relacionado ao aporte de fatos ao processo pelas partes.

³³⁷ SOUSA, 1997, p. 78. A questão também poderia ser resolvida pelo instituto do *tu quoque*, derivado da boa-fé objetiva, pelo qual é vedado à parte beneficiar-se da própria torpeza.

³³⁸ CASANOVA, 2014b, p. 17-18.

³³⁹ SOUSA, 1997, p. 79.

implica em duplo prejuízo ao litigante, que perde duas oportunidades de aprimorar a sua postulação³⁴⁰.

O certo é que se impõe uma minoração da rigidez preclusiva, dirigida à aproximação da verdade e à isenção da excessiva responsabilidade atribuída às partes por conta de um déficit ou omissão na narrativa fática³⁴¹. Propõe-se, assim, *de lege ferenda*, uma ultrapassagem dos limites impostos à alteração da causa de pedir³⁴², para que se possa promover uma efetiva tutela dos interesses violados diante da completude da factualidade que subjaz à situação de litígio.

Não se ignora que a maior parcela da doutrina se posiciona de forma contrária ao aproveitamento de fatos relacionados a causa de pedir diversa daquela exposta na inicial, ainda que o efeito prático consubstanciado no pedido seja o mesmo³⁴³. Entende-se, entretanto, que desde que haja respeito às garantias das partes – nomeadamente a do contraditório –, a utilidade e a efetividade do processo devem prevalecer para a prestação jurisdicional ser completa e compor, eficazmente, o litígio, restabelecendo a paz social e realizando justiça material no caso concreto. Caberá à parte, por óbvio, formular o novo pedido, adequando à realidade fática tardiamente narrada ao objeto da sua pretensão.

³⁴⁰ CASANOVA, 2014b, p. 14.

³⁴¹ Cfr., nesse sentido, FREITAS, 2013a, p. 174; CASANOVA, 2014b, p. 11; e REGO, 2013, p. 786.

³⁴² No atual CPC/PT, a alteração é permitida nos casos de acordo das partes, confissão do réu ou fatos supervenientes (veja-se, respectivamente, os arts. 264º, 265º, n.º 1 e 88º, n.º1).

³⁴³ Cfr., por todos, CASANOVA, 2014b, p. 18-21. O autor considera que “a admissibilidade de novos factos pressupõe que a causa de pedir não seja alterada”, e que a lei não admite “a consideração oficiosa de factos essenciais não alegados referenciados a causa de pedir diversa daquela que deles resulta”. Para ele, só os fatos complementares e concretizadores podem – e até devem – ser conhecidos quando não alegados.

5 A GESTÃO DO PROCESSO LABORAL

A construção empreendida nos primeiros capítulos deste trabalho é fundamental para o entendimento do cerne da pesquisa: a gestão do processo do trabalho em seu viés material. Há que se observar, contudo, a existência de especificidades do domínio laboral que demandam tratamento diverso daquele promovido para a disciplina processual civil.

Tais traços peculiares, que autonomizam o processo laboral do comum, dizem respeito ao direito material subjacente, cuja principiologia própria impõe uma perspectiva de análise diferenciada. Assim, o presente capítulo iniciar-se-á com uma revisão sobre a essência do Direito Laboral e as bases nas quais assenta, para posteriormente analisar a influência dessas vicissitudes sobre o direito processual do trabalho e, por fim, tratar das hipóteses de gestão do processo nesse ramo jurídico, seus limites e sua conformidade com as demais previsões normativas do sistema de direito onde se insere.

5.1 A ÍNDOLE PROTETIVA DO DIREITO DO TRABALHO

O Direito do Trabalho, relativamente ao Civil, se autonomiza pela vocação protetora do trabalhador, decorrente da perseguição da igualdade material entre as partes da relação jurídica³⁴⁴. O princípio da proteção é, em verdade, a essência normativa de toda a disciplina em apreço, que a acompanha desde a sua origem³⁴⁵, ainda que com oscilações

³⁴⁴ Existe uma relevante controvérsia a respeito do reconhecimento dessa autonomia. Com efeito, se é incontestável a ruptura provocada quando eclodiu a questão social, e se percebeu a insuficiência do conceito de igualdade perante a lei para a solução dos problemas entre os particulares, atualmente a distância está bastante reduzida. Como assinala JÚLIO GOMES, o Direito Civil, até mesmo por influência do Laboral, já se preocupa com a tutela do contraente débil, incorporando as ideias de eticização e boa-fé (GOMES, Júlio. *Direito do Trabalho: Relações Individuais Laborais*. Coimbra: Almedina, vol. I, 2007, p. 27-28). Para o autor, a principal diferença entre os dois ramos jurídicos hoje é a especial afetação pessoal que se verifica nas relações trabalhistas, fato que tem demandado a proliferação de direitos fundamentais nessa seara (Id., p. 40-41). No mesmo sentido – e destacando a importância do ideário tuitivo para o desenvolvimento sistemático do Direito do Trabalho –, PALMA RAMALHO afirma que a evolução do Direito Civil para abranger a proteção da parte hipossuficiente da relação jurídica retira muito do ramo juslaboral, que assim passa a traduzir apenas uma manifestação particular do valor global de tutela do contraente débil (RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Da Autonomia Dogmática do Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 500-503 e 520-521). Finalmente, ROMANO MARTINEZ considera que o Direito do Trabalho não possui instituições próprias diversas do Direito Civil, motivo porque é inevitável um enquadramento da sua disciplina no direito das obrigações (MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 6ª ed., 2013, p. 57). Neste estudo, considera-se que os traços característicos dos liames laborais, sobretudo a evidente diferença entre a debilidade do trabalhador e a de outras figuras de direito privado (como o consumidor) impõem um tratamento normativo autônomo, alicerçado em princípios e regras próprios.

³⁴⁵ Reconhece-se a elevada carga normativa do princípio no período em que surgiu o Direito Laboral em AVILÉS, Antonio Ojeda. *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*. Madrid: La Ley, 2010, p. 15. A natural flexibilidade desse ramo, que se opõe ao formalismo, é indicada por RAMALHO, 2000, p. 192.

históricas quanto ao grau de eficácia, constituindo, segundo PALMA RAMALHO, o seu “paradigma tradicional” e “traço unificador”³⁴⁶⁻³⁴⁷⁻³⁴⁸.

Não há dúvida de que os vínculos laborais são geneticamente assimétricos, visto que todo o poder jurídico e econômico concentra-se no empregador, que determina a realização da sua vontade sobre o devedor da prestação habitual de serviços – como bem assevera JÚLIO GOMES, “*enquanto no direito civil a vontade se compromete, na relação de trabalho a vontade se submete*”³⁴⁹. Ainda no século XIX, quando prevalecia o modelo

³⁴⁶ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do Trabalho: Dogmática Geral*. Coimbra: Almedina, vol. I, 2ª ed., 2009, p. 52-53. Afirma-se que “o princípio da proteção pode ser conceituado como a diretriz fundamental, reitora e nuclear que inspira, informa e fundamenta o Direito do Trabalho [...]” (HOFFMANN, Fernando. *O princípio da proteção ao trabalhador e a atualidade brasileira*. São Paulo: LTr, 2003, p. 61). No mesmo sentido, cfr. XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. *Manual de Direito do Trabalho*. Lisboa: Babel, 2011, p. 54; PADILHA, Norma Sueli. O princípio protetor e a nova hermenêutica constitucional. In *Princípios de direito e processo do trabalho: questões atuais* (coord. Thereza Nahas). Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 189; e ALMEIDA, Almiro Eduardo de; SEVERO, Valdete Souto. *Direito do trabalho: avesso da precarização*. São Paulo: LTr, vol. I, 2014, p. 54. Estes últimos chegam a atestar que “se afastamos o princípio da proteção, já não estamos mais falando do Direito do Trabalho” (Id., p. 59).

³⁴⁷ A utilização preferencial da nomenclatura princípio da proteção não invalida outras que traduzem a mesma ideia, como *princípio tutelar, de favor ao trabalho, do favorecimento, da favorabilidade, tuitivo e pro operario*. Veja-se, a propósito, DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2ª ed., 2004, p. 82; PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015, p. 84; e OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. *(Re)pensando o princípio da proteção na contemporaneidade*. São Paulo: LTr, 2009, p. 109.

³⁴⁸ A despeito da ênfase com que normalmente é defendido o princípio da proteção, há quem se posicione de forma contrária ao reforço da sua eficácia normativa. É o caso de SAYÃO ROMITA, para quem devem prevalecer a liberdade e a democracia no trabalho, já que a proteção interessa apenas ao protetor para manter o *status quo*, perpetuando a posição subalterna dos obreiros. Além disso, destaca-se o impacto econômico de tal tutela, na medida em que amplia o desemprego e onera a produção, afetando, assim, o mercado de consumo composto pelos próprios operários que, em última instância, seriam prejudicados pela sua tutela. O autor conclui defendendo um retorno à via auto-regulatória no plano da negociação coletiva, sem a intervenção maciça do Estado (ROMITA, Arion Sayão. *O princípio da proteção em xeque e outros ensaios*. São Paulo: LTr, 2003, p. 25-26 e 29-35). Na mesma linha, MÁRIO CENTENO, embora reconheça a importância dos interesses subjacentes às normas justralhistas, defende que não se deve utilizá-las para alcançar fins sociais, mas para incitar os trabalhadores a uma efetiva autodeterminação a partir do incremento das suas capacidades (CENTENO, Mário. *O Trabalho, Uma Visão de Mercado*. Lisboa: FFMS, 2013, p. 18). Para ele, o Estado não deve relegar a normatização laboral às flutuações do mercado de trabalho, mas “uma regulação muito intrusiva pode impor limites à atividade econômica que acabam por excluir trabalhadores e empresas desse mercado” (Id., p. 23). ROMANO MARTINEZ, que também admite a necessidade de se dirigir uma especial atenção ao trabalhador para evitar o recrudescimento da sua dependência, preconiza que “o direito do trabalho deve assentar num pressuposto de neutralidade, sem tomar partido no pontual conflito social” (MARTINEZ, p. 57-58). Sustenta o lusitano, ademais, que a defesa exclusiva dos trabalhadores nunca foi o objetivo do Direito do Trabalho, que se dirige à paz social, da qual é beneficiária toda a comunidade. Inclusive, o ideário protetivo pode dificultar a criação de novos empregos e, no plano judicial, proporcionar um casuísmo na realização do direito, afetando a segurança jurídica (Id., p. 207-208). Sem desconsiderar a circunstância de a maior parte dos autores resistentes ao princípio protetivo ter origem em países com melhores condições sociais, reputa-se fundamental reconhecer uma ampla gama de instrumentos tutelares do trabalhador, para respeitar a sua condição de sujeito de direito no curso da relação laboral. Tal não significa, contudo, que inexista a possibilidade de o princípio ser ponderado, conforme se verá a seguir.

³⁴⁹ GOMES, p. 39. Na mesma linha, anota-se que o Direito Laboral “organiza a submissão da vontade” (FERREIRA, António Casimiro. *Sociedade da Austeridade e direito do trabalho de exceção*. Porto: Vida

clássico de vínculo de emprego, inserido numa estrutura empresarial de grande porte com controle disciplinar e subordinação mais visíveis, demandava-se uma maior tutela do trabalhador, a quem se concedia um estatuto protetivo mais pujante³⁵⁰.

O certo é que a classe trabalhadora recém-formada se via oprimida pela exploração *selvagem* da sua mão-de-obra pelo empresariado, sendo o trabalho, naquele tempo, visto como uma *mercadoria* ou qualquer outro tipo de prestação, amoldando-se às obrigações contratualizadas, à disposição em um livre mercado sem a intervenção legislativa estatal³⁵¹. Como reação, os operários reunidos nos principais centros industriais e urbanos europeus passaram a se organizar coletivamente e a protestar contra tal estado de dominação, tendo sido, em um primeiro momento, duramente reprimidos³⁵². O movimento, entretanto, serviu ao propósito de despertar a atenção da sociedade para a causa laboral, sendo decisiva a doutrina social da Igreja Católica, esposada na Encíclica *Rerum Novarum*, de 1891³⁵³.

O contexto narrado revelou o patente insucesso do paradigma auto-regulatório das relações laborais implementado na esteira do liberalismo econômico – tal qual descrito no tópico 2.3 *supra* –, fazendo surgir normas de proteção ao trabalhador, com destaque inicial para os menores e mulheres e, no plano material, para as áreas de jornada laboral e saúde e segurança³⁵⁴. Nesse contexto, o trabalho abandonou o *status* de mero objeto contratual (*mercadoria*) para assumir a qualidade de “*valor digno e social e objeto de proteção jurídica especial*”³⁵⁵, mesmo no bojo de um sistema de produção capitalista³⁵⁶. Com o

Económica, 2012, p. 110). Para PALMA RAMALHO, “sendo inegável a autoridade da empresa, deve procurar-se apenas garantir que esta autoridade não se transforme em autoritarismo” (RAMALHO, 2000, p. 433).

³⁵⁰ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. A precariedade: um novo paradigma laboral? In *Para Jorge Leite: Escritos Jurídico-Laborais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 455.

³⁵¹ LEITE, Jorge. *Direito do Trabalho*. Coimbra: Serviços de Ação Social da Universidade de Coimbra, 2004, p. 18; e DEAKIN, Simon; WILKINSON, Frank. *The Law of the Labour Market – Industrialization, Employment and Legal Evolution*. Oxford: Oxford University Press, 2005, 58; e HOFFMANN, p. 31-32.

³⁵² DEAKIN; WILKINSON, p. 59-61. Historicamente, o surgimento dos sindicatos e associações de trabalhadores precedeu as primeiras normas protetivas no âmbito laboral (AVILÉS, p. 33).

³⁵³ LEITE, p. 21-22.

³⁵⁴ LEITE, p. 22-23. Para FERNANDO HOFFMANN, o fato de o Direito do Trabalho ter se originado de normas relativas à jornada e à retribuição revela uma influência dos fatores econômicos em grau superior às pressões sociais (HOFFMANN, p. 21-23). Entende-se, porém, que a preocupação inicial do legislador quanto à saúde e segurança dos operários traduz a corrente de proteção da pessoa humana inspiradora dessa disciplina.

³⁵⁵ HOFFMANN, p. 63. Com efeito, sendo o trabalho integrante da própria essência humana, e consistindo, ao mesmo tempo, na perda de uma parcela da autodisponibilidade individual, impõe-se que seja minimizada a sua objetificação (ALMEIDA; SEVERO, p. 13-15).

³⁵⁶ Na verdade, a ideia de trabalho integra a essência do regime capitalista, e a existência do Direito Laboral não pode sequer ser cogitada fora dele. Assim, a sua normatização deve servir para minimizar os danos advindos da exploração da mão-de-obra e atribuir os benefícios possíveis aos trabalhadores. Não é, portanto,

advento do Estado assistencialista após a I Guerra Mundial, inspirado pela Constituição de Weimar, iniciou-se um período de pujança dos direitos sociais, que subsistiu mesmo após a crise de 1929, tendo em vista o esplendor da negociação coletiva, largamente utilizada como mecanismo de defesa dos interesses das categorias operárias³⁵⁷.

Assim, o que busca o Direito do Trabalho por intermédio dos seus princípios e regras concretizadoras – todos eles derivados do ideário tuitivo que constitui a razão de ser desse ramo jurídico³⁵⁸ – é a correção *possível* do desequilíbrio das posições das partes, ainda que à custa de restrições à liberdade contratual e à autonomia de vontade privada³⁵⁹. O princípio da proteção assume, portanto, uma natureza transpositiva, na medida em que, mesmo sem previsão textual expressa, confere sentido normativo ao ramo jurídico sob o qual se debruça, caracterizando-o como um “*direito da desigualdade*”^{360–361}.

Associada à proteção perseguida no domínio laboral está a ideia de consolidação e aprimoramento das garantias outorgadas aos trabalhadores, o que implica em uma contínua evolução da sua tutela³⁶². Não por acaso, atribui-se às suas normas um patamar de *mínimo* possível, que pode se alargar tanto no plano pessoal – relativo ao número de trabalhadores abrangidos – quanto no material – atinente à consagração de normas com fim tuitivo³⁶³. Concretiza-se, assim, a dignidade da pessoa humana, controlando o abuso do poder econômico e fazendo prevalecer o valor social do trabalho à livre iniciativa patronal³⁶⁴.

de todo pertinente a crítica formulada ao paradoxo do ramo juslaboral, que autoriza a submissão do trabalho ao capital e, ao mesmo tempo, estabelece meios legítimos de resistência e proteção daquele contra este. Cfr., a esse propósito, FERNÁNDEZ, M^a Dolores Santos. *El contrato de trabajo como límite al poder del empresario*. Albacete: Editorial Bomarzo, 2005, p. 78-79; GOMES, p. 30; e ALMEIDA; SEVERO, p. 18-19, 23 e 47. Estes autores, na p. 55, resumem a questão nos seguintes termos: “a linguagem social do Direito do Trabalho é a minimização dos efeitos nocivos que a troca desigual (dinheiro x vida), que o Estado permite e incentiva, provoca no homem-trabalhador e na sociedade em que ele está inserido”.

³⁵⁷ AVILÉS, p. 41 e 46-47.

³⁵⁸ A doutrina enuncia diversos princípios juslaborais, mas todos eles têm amparo material no da proteção. Nessa linha, DELGADO, p. 83; RAMALHO, 2000, p. 411, 415 e 428; e ALMEIDA; SEVERO, p. 55.

³⁵⁹ Trata-se de entendimento dominante na doutrina, sendo possível observar conclusões similares em DELGADO, p. 82; PLÁ RODRIGUEZ, p. 83; OLIVEIRA, 2009, p. 108; FERNANDES, António Monteiro. *Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 16^a ed., 2012, p. 22 e 25. PLÁ RODRIGUEZ sintetiza a ideia de modo elucidativo: “O legislador não pôde mais manter a ficção de igualdade existente entre as partes do contrato de trabalho e inclinou-se para uma compensação dessa desigualdade econômica desfavorável ao trabalhador com uma proteção jurídica a ele favorável” (PLÁ RODRIGUEZ, p. 85).

³⁶⁰ A definição de princípios transpositivos está em BRONZE, 2010, p. 632. No mesmo sentido, PLÁ RODRIGUEZ sustenta que “a própria natureza do princípio o situa acima do direito positivo”.

³⁶¹ A expressão está em LEITE, p. 24.

³⁶² DELGADO, p. 76. MURILO OLIVEIRA liga tal entendimento ao art. 7º da CF (OLIVEIRA, 2009, p. 110).

³⁶³ RAMALHO, 2000, p. 434-436 e 447.

³⁶⁴ OLIVEIRA, 2009, p. 154-160. JÚLIO GOMES registra expressamente a importância de se proteger a pessoa do obreiro, garantindo-se a realização dos seus direitos fundamentais (GOMES, p. 39).

Não se sustenta, com isso, uma incompatibilidade da seara laboral com as demais que inviabilize a sua coexistência pacífica no mesmo sistema jurídico³⁶⁵. Sem embargo, o princípio da proteção pode, por vezes, ser parcialmente afastado, mas as características da relação de trabalho tornam necessário um olhar mais atento sobre a figura do prestador de serviços e as implicações da atividade desempenhada relativamente à sua *pessoa*.

O princípio da proteção dirige-se sempre à máxima realização da igualdade substancial e da dignidade da pessoa do trabalhador³⁶⁶, justificando-se por três situações de fato³⁶⁷, quais sejam: a dependência econômica do obreiro face ao tomador dos seus serviços; a subordinação jurídica a que ele se submete; e as implicações sobre a sua pessoa derivadas da natureza desse vínculo jurídico. Ressalte-se, de logo, que todos esses fundamentos, a despeito de analisados em conjunto neste trabalho, são robustos o suficiente para explicarem, sozinhos, a proteção dirigida ao trabalhador³⁶⁸.

Consoante leciona MONTEIRO FERNANDES, há dependência econômica quando o trabalho é o único ou, pelo menos, o principal meio de subsistência do prestador dos serviços³⁶⁹. Há, portanto, uma dependência generalizada da classe trabalhadora, tendo em vista que tal circunstância abrange até mesmo os profissionais de direção e aqueles com maiores níveis salariais, com renda mais do que suficiente para satisfazer as necessidades básicas do seu núcleo familiar. E, ante tal dependência, que se mostra ainda mais relevante por conta da natureza alimentar do crédito laboral, instituem-se diversas vantagens aos trabalhadores como forma de compensação pelo prejuízo inevitavelmente suportado³⁷⁰.

A subordinação jurídica, de seu lado, traduz o domínio do tomador dos serviços sobre o prestador, por meio do poder diretivo de que é titular em virtude da condição de proprietário do capital, que define a sua proeminência³⁷¹. Não é por outra razão que se costuma qualificar os vínculos laborais como verdadeiras *relações de poder*³⁷².

³⁶⁵ DELGADO, p. 81.

³⁶⁶ HOFFMANN, p. 47; OLIVEIRA, 2009, p. 109; e ALMEIDA; SEVERO, p. 25.

³⁶⁷ É rara a condensação, na mesma obra, dos três fundamentos do princípio protetivo. O que se promove, neste trabalho, é uma filtragem das principais justificações verificadas em sede doutrinária.

³⁶⁸ HOFFMANN, p. 40.

³⁶⁹ FERNANDES, p. 116.

³⁷⁰ PLÁ RODRIGUEZ, p. 87.

³⁷¹ HOFFMANN, p. 38-39; e FERNANDEZ, p. 56-57. Trata-se, em verdade, de uma derivação do modelo anterior ao advento do Direito do Trabalho, onde havia relações servis nas quais o prestador de serviços sujeitava-se às ordens do patrão em um vínculo sem termo certo (DEAKIN; WILKINSON, p. 61-62).

³⁷² FERNANDEZ, p. 57. É certo que, quanto mais intensa a subordinação no plano dos fatos, mais intensa deverá ser a proteção à pessoa do prestador dos serviços (OLIVEIRA, 2009, p. 172-173).

LEAL AMADO, corroborando essa posição e qualificando os liames trabalhistas de “*supra-infra ordenação*”³⁷³, destaca ainda que, na hipótese de dúvida sobre o teor de determinada norma ou conceito no âmbito da relação laboral, a definição sempre competirá ao tomador dos serviços, restando ao obreiro apenas o recurso de se socorrer junto ao Poder Judiciário, que deverá mobilizar, na atividade interpretativa, o princípio *in dubio pro operario* como mecanismo compensador da debilidade contratual³⁷⁴.

O próprio contrato individual de trabalho, se de um lado acaba por legitimar, juridicamente, a dominação exercida no domínio laborativo³⁷⁵, de outro configura-se como instrumento limitador da eficácia dos poderes patronais, constituindo um contrapeso que implementa garantias em favor do trabalhador³⁷⁶. Tais benesses, é de bom tom salientar, têm relação intrínseca com a condição pessoal do trabalhador, que é sobremaneira afetada pelo estado de subordinação³⁷⁷.

De fato, a força de trabalho humana integra a personalidade do indivíduo, revelando a estreita vinculação a que sua pessoa se encontra submetida numa relação laboral³⁷⁸. É indubitoso que o risco de acidentes, doenças ocupacionais, assédio moral, violação da intimidade e prejuízos à vida familiar, dentre outros fatores, constitui um elemento típico do Direito do Trabalho, tendo em vista que os negócios jurídicos civis em geral produzem efeitos apenas patrimoniais e, mesmo quando há algum tipo de prestação de serviços, não se verifica a implicação pessoal em grau semelhante.

Há, portanto, uma natureza humanista inerente ao Direito Laboral³⁷⁹, que abrange até mesmo a classe dos trabalhadores mais privilegiados, os quais renunciam a uma parcela

³⁷³ AMADO, João Leal. O papel da jurisprudência no preenchimento de conceitos laborais indeterminados: *in dubio pro operario*? In *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho – Ciclo de conferências sobre processo do trabalho*, vol. VI, 2012, p. 221.

³⁷⁴ AMADO, p. 224-225. Afirma o autor, em complemento, que a despeito de alguma resistência por parte da doutrina portuguesa em acolher o *in dubio pro operario*, “resolver em favor do trabalhador, em caso de dúvida persistente sobre o preenchimento ou não de um dado conceito indeterminado em certa hipótese, parece corresponder à função tuitiva ou tutelar, de proteção da parte mais débil da relação, que faz parte do ADN deste ramo do ordenamento jurídico” (Id., p. 227-228).

³⁷⁵ Nesse sentido, cfr. HOFFMANN, p. 44; e FERNANDEZ, p. 66.

³⁷⁶ FERNANDEZ, p. 89. Para essa autora, a liberdade efetiva das partes era sacrificada pela sua aceção meramente formal, o que demandou as limitações retratadas (Id., p. 76). PLÁ RODRIGUEZ também apresenta o paradoxo de restrição da liberdade em nome da sua efetividade (PLÁ RODRIGUEZ, p. 151).

³⁷⁷ PLÁ RODRIGUEZ, p. 88.

³⁷⁸ Nessa linha, veja-se HOFFMANN, p. 45; e ALMEIDA; SEVERO, p. 24. MURILO OLIVEIRA, na mesma toada, leciona que, sendo o trabalho indissociável do humano, deve ser estabelecido um estatuto protetivo que vede o seu tratamento como mercadoria, conforme o art. 427 do Tratado de Versalhes, que instituiu a OIT, e vários outros dispositivos, inseridos inclusive na DUDH de 1948 (OLIVEIRA, 2009, p. 163).

³⁷⁹ RAMALHO, 2000, p. 256.

da sua autodisponibilidade para, mediante remuneração, dedicar o seu empenho em prol de outrem, submetendo-se ao seu comando diretivo³⁸⁰.

Todo o contexto apresentado possibilita compreender a essência “*tendencialmente imperativa*” das normas juslaborais^{381 – 382}. BERNARDO XAVIER destaca, com acerto, que “*não pode ser consentido à autonomia negocial estabelecer regimes que, a pretexto da liberdade contratual, fragilizem a posição dos trabalhadores*” – assim, as normas laborais imperativas devem ser entendidas como integrantes de um estatuto mínimo e, portanto, inafastáveis por ato negocial, face ao especial interesse coletivo na sua efetividade³⁸³.

Existe, em verdade, uma enorme confusão sobre a real natureza dos direitos dos trabalhadores, sendo-lhes atribuídas as notas de indisponibilidade, irrenunciabilidade e inderrogabilidade, muitas vezes de forma concomitante³⁸⁴, para traduzir o mesmo fato, que é a impossibilidade de sua autoprivação. Assim, em uma terminologia conceitual mais ajustada, fala-se em “*disponibilidade limitada*” de tais posições jurídicas ativas³⁸⁵.

Cumpra desde já esclarecer que, sendo características dos direitos indisponíveis a imprescritibilidade, a impossibilidade de transacionar e a ineficácia da confissão, a maior parte dos direitos dos trabalhadores não se insere nesse rol, pois não é dotada de tais atributos, tendo em vista a possibilidade, ainda que restrita, de serem cedidos³⁸⁶. Também

³⁸⁰ FERNANDES, p. 26.

³⁸¹ RAMALHO, 2000, p. 433. Para a autora, a inadmissibilidade da cessão da posição contratual pelo trabalhador, a infungibilidade da sua prestação e, ainda, a vedação à renúncia a direitos da personalidade são elementos concretizadores do princípio protetivo (Id., p. 418). No mesmo sentido, DELGADO, p. 91.

³⁸² Há entendimento em sentido diverso, de que a propalada imperatividade dos direitos do trabalhador apenas se mantém por respeito a uma tradição ultrapassada. Sustenta-se que o abrandamento, pela CF, da indisponibilidade de alguns direitos, aliada à prática das transações judiciais, mitiga essa qualidade atribuída às prescrições normativas do Direito do Trabalho (ROMITA, p. 37-38).

³⁸³ XAVIER, 2011, p. 912-913. Deve ser destacado o interesse de terceiros – a família do trabalhador, por exemplo – em evitar prejuízos decorrentes da disposição de direitos laborais e da consequente manutenção de níveis protetivos mínimos (PLÁ RODRIGUEZ, p. 143-144).

³⁸⁴ Para GODINHO DELGADO, por exemplo, indisponibilidade e irrenunciabilidade diferem apenas quanto à uni ou bilateralidade do ato (DELGADO, p. 89). PLÁ RODRIGUEZ, de seu lado, elenca quatro fundamentos da irrenunciabilidade: indisponibilidade, imperatividade, ordem pública e limitação à autonomia da vontade, o que reforça a aludida confusão (PLÁ RODRIGUEZ, p. 144). E conclui dizendo que tais circunstâncias possuem “uma grande afinidade entre si, a ponto de nem sempre ser fácil distingui-las” (Id., p. 160).

³⁸⁵ XAVIER, p. 915.

³⁸⁶ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo; MARTINS, Pedro Furtado. A transação em Direito do Trabalho: direitos indisponíveis, direitos inderrogáveis e direitos irrenunciáveis. In *Liberdade e compromisso: estudos dedicados ao Professor Mário Fernando de Campos Pinto*. Lisboa: Universidade Católica Editora, vol. II, 2009, p. 451-455. Os autores destacam, na p. 454, os exemplos da prescrição dos créditos laborais e da possibilidade de conciliação judicial e de cessão parcial de créditos para afastar a indisponibilidade; e como exemplo de direitos indisponíveis, em caráter excepcional, mencionam os relativos à personalidade do trabalhador. Outros juristas indicam, ainda, os abonos familiares e fundos especiais de assistência ao

não se observa uma irrenunciabilidade típica, porquanto este atributo se relaciona com os direitos de exercício necessário, a exemplo das férias ou das pensões mínimas de acidente de trabalho³⁸⁷.

Há, sim, no âmbito juslaboral, uma maioria de direitos inderrogáveis, consagrados em normas de ordem pública, cuja implementação não pode ser afastada antecipadamente pelas partes, ainda que se faculte a prática de algum ato dispositivo posterior³⁸⁸. A restrição imposta à autonomia da vontade, que implica uma presunção de ignorância e manipulação do trabalhador, decorre da necessidade de proteção deste contra o arbítrio do tomador dos serviços, sem que com isso se menospreze a sua capacidade de autodeterminação³⁸⁹ – pelo contrário, esta somente será possível em uma ambiência de efetiva liberdade material.

O robusto aparato protetivo desenhado nas últimas linhas vem, todavia, sendo questionado e, n'alguma medida, matizado nas últimas décadas, por razões relacionadas, sobretudo, ao aumento da produtividade e eficácia da atividade empresarial. Na lição de ANTONIO AVILÉS, para quem a crise do princípio da proteção só teve início na década de 80, anos após o início da crise econômica, essa situação sofre direta influência do contexto mercadológico hodierno, baseado no aquecimento e velocidade da tecnologia, com novos produtos e inovações que tornam a atividade produtiva mais dinâmica e flexível; e no retorno das empresas individuais e de pequeno porte, com sua notável agilidade operativa. Com efeito, a robustez da proteção concedida pelo Direito do Trabalho se verificou no modelo fordista de economia, fundado em grandes corporações que possuíam em sua estrutura organizacional diversos setores, gerando problemas de adaptação das normas à nova realidade³⁹⁰.

Nesse ínterim, proliferaram-se rapidamente vários meios de precarização dos direitos dos trabalhadores, a exemplo dos contratos temporários, da jornada em tempo parcial, da prevalência do negociado sobre o legislado, das novas possibilidades de

trabalhador (PLÁ RODRIGUEZ, p. 145); ou a assinatura de CTPS, o salário mínimo e as normas de saúde e segurança do trabalhador (DELGADO, p. 91).

³⁸⁷ XAVIER; MARTINS, p. 465.

³⁸⁸ XAVIER; MARTINS, p. 456-461. A indisponibilidade é, pois, em regra, apenas relativa. Nessa esteira, GODINHO DELGADO destaca que, no Brasil, há raros exemplos de normas dispositivas na CLT (DELGADO, p. 88). Em Portugal, as hipóteses são mais amplas, conforme o art. 3º, n.º 3, do CT.

³⁸⁹ PLÁ RODRIGUEZ, p. 158 e 161.

³⁹⁰ AVILÉS, p. 78-82. PALMA RAMALHO, além de destacar a alteração do modelo de empresa dominante e a problemática sustentabilidade econômica do sistema protetivo como fatores que contribuíram para a "crise" do Direito do Trabalho (RAMALHO, 2009, p. 65-68), chama a atenção para a multiplicação de novas categorias de trabalhadores – o que em última *ratio* deriva da maior especialização empresarial imposta pelo novo modelo dominante de negócio –, para os quais inexistia regulação específica (Id., p. 61).

prestação autônoma de serviços e da autocomposição nos planos individual e coletivo, os quais foram institucionalizados nos ordenamentos ocidentais, consagrando o que CASIMIRO FERREIRA chama de “*direito do trabalho de exceção*”³⁹¹. Verificou-se, ademais, uma utilização do Direito Laboral como instrumento de política econômica, o que deu margem à exploração de mão-de-obra mais barata, menos qualificada e igualmente produtiva em termos quantitativos³⁹².

Para muitos, as mudanças ocorridas são positivas. Assim, MÁRIO CENTENO adverte que o sistema protetivo não impede o fluxo de mão-de-obra no mercado (com contratações e despedimentos), mas prejudica a eficiência produtiva, motivo pelo qual devem ser corrigidas as suas distorções, conferindo-se espaço para a manifestação da vontade negocial das partes no curso da relação de trabalho³⁹³. No mesmo sentido, SAYÃO ROMITA defende que a excessiva heteronomia relativamente à concessão, fiscalização e regulação de direitos, e ao arbitramento de conflitos pelo Estado, provoca uma rigidez legislativa que impede a adaptação do Direito do Trabalho à atual realidade circundante, especialmente quanto às possibilidades econômicas das empresas³⁹⁴.

O influxo de precarização, todavia, ao afastar o Estado da normatização das relações laborais, mostrou-se uma tentativa mascarada de restabelecer uma regulação civilista delas, desconsiderando a assimetria inata a esse tipo de contrato sob o falacioso argumento de que a tutela do contraente débil o impede de se tornar independente da proteção³⁹⁵. Houve, assim, uma vertiginosa queda da capacidade reivindicativa por parte do trabalhador precário, o que possibilitou a perpetração de várias espécies de fraudes

³⁹¹ FERREIRA, 2012, p. 90. O autor aponta, na p. 98, que o *direito do trabalho de exceção* decorre da legitimação do direito do trabalho subversivo, reduzindo a distância entre as práticas sociais e as previsões legais no âmbito juslaboral. O autor, que critica (p. 81-84) a aceleração das transformações por que passou esse ramo jurídico em virtude das pressões econômicas, sem a consolidação de uma cultura verdadeiramente antitética à tuitiva, considera *subversão* do Direito Laboral o seu uso pautado pelos valores de mercado, em detrimento da proteção ao trabalhador (p. 90 e 96), num movimento contrário ao do final do século XIX.

³⁹² Tal circunstância é apontada em LEITÃO, p. 457. CASIMIRO FERREIRA também atenta para esse fato, aduzindo que “o direito tornou-se, assim, mais um produto a competir no mercado global onde os sistemas jurídicos mais adequados aos objetivos da rentabilidade financeira competem com os restantes fatores de produção” (FERREIRA, 2012, p. 113).

³⁹³ CENTENO, p. 35-37. Na p. 87, o autor preconiza que, a despeito da bondade de instituições como o salário mínimo, os sindicatos, a legislação protetiva, as políticas de promoção do emprego e o seguro desemprego, seus excessos e desajustes devem ser cortados para não deturparem sua finalidade originária.

³⁹⁴ ROMITA, p. 57-58. O autor, numa abordagem do ramo juslaboral dirigida unicamente aos interesses do tomador de serviços, sem uma consideração do trabalhador como pessoa humana digna de proteção, qualifica a corrente doutrinária vocacionada ao ideário tutelar como “passadista, estatizante, autoritária, corporativista, paternalista e protecionista” (Id., p. 65).

³⁹⁵ OLVEIRA, 2009, p. 132-136.

dirigidas ao aumento da flexibilidade e à economia de gastos com o uso da força de trabalho³⁹⁶.

Os mecanismos flexibilizantes, destarte, além de não terem ajudado a elidir a hipossuficiência dos trabalhadores, ainda acentuaram o seu estado de subordinação e dependência³⁹⁷, criando um conflito interno entre *insiders* e *outsiders* – respectivamente, os abarcados ou não pelas normas protetivas –, o que também contribuiu para o enfraquecimento da sua organização coletiva³⁹⁸. Não se deve, pois, olvidar a manutenção da debilidade no plano dos fatos, sendo certo que, nesse contexto, é imperioso voltar os olhos para a índole protetiva do Direito Laboral e buscar os meios de afirmá-la, ainda que de forma repaginada, na esteira da indagação de CASIMIRO FERREIRA: “*quem protege os trabalhadores deste direito do trabalho?*”³⁹⁹.

A despeito da pertinência do entendimento segundo o qual é economicamente inviável a observância a um regime protetivo inflexível, deve-se ter sempre como ponto de partida, na análise da relação entre o Direito do Trabalho e a Economia, o conteúdo tutelar daquele⁴⁰⁰. Não se mostra adequado, portanto, falar em fim ou decadência do Direito Laboral, mas sim de uma nova roupagem, até porque se tem verificado nas últimas décadas – coincidentes com o suposto período de crise – uma ampliação do rol de direitos fundamentais e uma proliferação de normas trabalhistas em geral, muitas delas claramente dirigidas à manutenção do estatuto historicamente conquistado pela classe operária⁴⁰¹.

Continua, pois, cabendo ao Direito do Trabalho a proteção dos obreiros em condição de hipossuficiência, mesmo que de modo diferenciado conforme a sua peculiar

³⁹⁶ Cfr., a esse propósito, FERNANDES, p. 21; e LEITÃO, p. 466. CASIMIRO FERREIRA destaca que a plêiade de espécies contratuais facilita o intento empresarial de contratar prestadores de serviços sem a condição de assalariados (FERREIRA, 2012, p. 93).

³⁹⁷ Também contribuiu para tanto a maior disponibilidade de instrumentos que possibilitam um controle sobre a pessoa, a exemplo de monitoramento eletrônico, filmagens, etc. (AVILÉS, p. 101).

³⁹⁸ OLIVEIRA, 2009, p. 124-129. MENEZES LEITÃO elenca como fatores da diminuição da solidariedade entre os trabalhadores a preocupação de cada um com os próprios interesses e, além disso, a ausência de estruturas de representação nos pequenos estabelecimentos (LEITÃO, p. 457-458 e 463).

³⁹⁹ FERREIRA, p. 108. Não é o que pensam, por exemplo, MENEZES LEITÃO e SAYÃO ROMITA. Para aquele, há uma tendência inevitável à precarização dos direitos do trabalho (LEITÃO, p. 467), ao passo que para este, o estado de debilidade dos obreiros já não existe mais, o que implica o fim da regulação unidirecional das relações laborais (ROMITA, p. 62).

⁴⁰⁰ HOFFMANN, p. 29-30. Diz-se, em síntese, que “qualquer proposta de recomposição, atualização ou repensar deve respeitar a feição protecionista do Direito do Trabalho. Seu caráter protetivo é defendido. Repensar aqui o princípio da proteção implica na reafirmação de sua ontologia protetiva” (OLIVEIRA, 2009, p. 144). No Brasil, inclusive, o art. 170 da CF fixa o princípio da justiça social como referência da ordem econômica.

⁴⁰¹ AVILÉS, p. 88-89 e 92-93.

situação. Essa tutela expandida pode se dar por três meios: (i) a reafirmação da índole protetiva do ramo juslaboral no contexto de crise econômica; (ii) a interpretação ampliativa das normas para estender a proteção aos trabalhadores não subordinados, mas economicamente dependentes; e (iii) a garantia de estatuto mínimo para todos os tipos de trabalhadores⁴⁰².

À guisa de conclusão, tem-se que o princípio protetivo, corretamente compreendido, não atenta contra os fins econômicos das empresas, mas objetiva promover um equilíbrio entre os interesses do capital e do trabalho em conflito⁴⁰³. Deve ser buscada uma conciliação entre os lados opostos, o que somente poderá ser determinado em concreto, ante a inviabilidade de uma definição prévia e abstrata.

Nesse diapasão, pode afirmar-se, com PALMA RAMALHO, que além de compensar a inferioridade negocial do trabalhador, as normas juslaborais devem promover uma “*salvaguarda dos interesses de gestão do empregador*”, assegurando a este as condições necessárias para exigir o cumprimento das obrigações de que é credor, viabilizando o exercício da atividade empresarial. Não há, destarte, um fundamento axiológico exclusivo no Direito do Trabalho, que, no atual contexto sócio-econômico, deve assumir um caráter compromissório⁴⁰⁴. O conflito entre as duas cargas valorativas citadas deverá ser dirimido pela técnica da ponderação, o que facilitará a definição dos limites do princípio protetor, ajudando a definir as situações nas quais ele prepondera sobre os demais, e diminuindo as dúvidas sobre eventual violação do seu conteúdo⁴⁰⁵.

A conciliação e o equilíbrio perseguidos, no entanto, não permitem ignorar uma prevalência apriorística da proteção ao trabalhador, tendo em vista a sua mais evidente necessidade de tutela, decorrente da natureza alimentar do crédito a que faz jus⁴⁰⁶. É nessa

⁴⁰² OLIVEIRA, 2009, p. 188-190. PALMA RAMALHO também se alinha à expansão subjetiva da tutela trabalhista, seja pelo alargamento do conceito de subordinação ou pela tutela dos trabalhadores autônomos e economicamente dependentes (RAMALHO, 2009, p. 54).

⁴⁰³ HOFFMANN, p. 48-49. Segundo o autor, não se pretende com o Direito Laboral subverter o modo de produção capitalista, mas minimizar os efeitos potencialmente danosos da exploração da mão-de-obra.

⁴⁰⁴ RAMALHO, 2000, p. 970-973 e 980-981. Com efeito, se em sua origem o Direito do Trabalho era meramente protetivo, atualmente lhe foram adicionadas outros fins de natureza econômica, impedindo excessos tutelares traduzidos em soluções inviáveis, ineficazes e inefetivas (VALVERDE, Antonio Martín; GUTIÉRREZ, Fermín Rodríguez-Sañudo; MURCIA, Joaquín García. *Derecho del Trabajo*. Madrid: Tecnos, 18ª ed., 2009, p. 60-61). Na mesma linha, DELGADO, p. 84; AVILÉS, p. 18-19; XAVIER, p. 285. FERNANDO HOFFMANN informa que são maiores as restrições ao princípio da proteção em países onde já se alcançou um estágio razoável de desenvolvimento sócio-econômico, o que não é o caso do Brasil, onde deve se adotar com cautela a doutrina alienígena sobre a matéria (HOFFMANN, p. 80).

⁴⁰⁵ PADILHA, p. 194-197 e 200-201

⁴⁰⁶ RAMALHO, 2000, p. 972-973; e HOFFMANN, p. 52-53.

perspectiva que será promovido, a seguir, o estudo da incidência do ideário tuitivo no domínio processual trabalhista.

5.2 A ILUSÃO DA IGUALDADE DE ARMAS NO PROCESSO DO TRABALHO E A EXTENSÃO DA PROTEÇÃO A ESSE DOMÍNIO

O processo, dada a sua já referida natureza finalística e instrumental, sofre clara influência do direito material subjacente, realidade à qual não escapa o ramo jurídico trabalhista. Assim, a despeito da sua proximidade com o processo civil comum⁴⁰⁷, o processo do trabalho se reveste de peculiaridades advindas do ideário protetivo que norteia o Direito Laboral, relacionadas sobretudo ao estado de debilidade da parte obreira.

Com efeito, o processo laboral constitui instrumento de promoção da dignidade da pessoa humana e de valorização social do trabalho, na medida em que se presta ao papel de concretizar o modelo proposto pelas normas de direito material⁴⁰⁸. Há, pois, um influxo tuitivo inerente a essa disciplina, sem que tal configure um isolamento ou ruptura com as demais espécies de processo, de onde pode até mesmo colher o conteúdo de algumas das suas regulações⁴⁰⁹.

A assimetria das partes da relação jurídica de direito material leva à tentativa, no plano do processo, de impedir o abuso da situação de vantagem em que se encontra o tomador dos serviços, sobretudo porque, como bem salienta RAUL VENTURA, “*a potência econômica pode traduzir-se numa facilidade processual que a parte trabalhadora não possui*”⁴¹⁰. Dessa forma, conclui-se que no âmbito do processo do trabalho a promoção da igualdade substancial ocupa um lugar de maior relevo do que na esfera comum⁴¹¹.

⁴⁰⁷ O processo civil, inclusive, é fonte subsidiária do laboral, sendo comumente adotados os critérios da omissão da legislação trabalhista e da compatibilidade das duas regulações para possibilitar a incidência das normas daquele neste último. Há, entretanto, doutrina no sentido da negativa à autonomização do processo do trabalho. PALMA CARLOS, que se assume um “autêntico individualista”, sustenta que o processo laboral extrai do civil os seus princípios fundamentais, e tem nele a sua base normativa, de modo que é um mero desvio seu (CARLOS, Adelino da Palma. As partes no processo do trabalho. In *Curso de Direito Processual do Trabalho, Suplemento da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 1964, p. 89-92).

⁴⁰⁸ TERRIN, Kátia A. Pastori; OLIVEIRA, Lourival José de. Da prevalência do valor do trabalho humano na integração dos sistemas processuais. In *Scientia Iuris*, n.º 14, 2010, p. 222-225. Na mesma linha, cfr. MELGAR, Alfredo Montoya. *Curso de procedimiento laboral*. Madrid: Tecnos, 6ª ed., 2001, p. 74.

⁴⁰⁹ Diz-se, inclusive, que o processo do trabalho, pela sua vocação protetora, influenciou a abertura do processo civil abordada nos primeiros capítulos desta dissertação (RAMALHO, 2000, p. 439).

⁴¹⁰ VENTURA, Raul. Princípios gerais de direito processual do trabalho. In *Curso de Direito Processual do Trabalho, Suplemento da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 1964, p. 38. No mesmo sentido, TERRIN; OLIVEIRA, p. 226-227.

⁴¹¹ VENTURA, p. 37. LIEBMAN, inclusive, considerando a fragilidade da posição do trabalhador, admite a concessão de poderes instrutórios ao juiz laboral, o que refuta no seio do processo civil (LIEBMAN, p. 564).

O primeiro fator relevante de desigualdade entre as partes do processo laboral é a maior capacidade do tomador dos serviços, comparativamente ao trabalhador, ante o seu poder econômico, de contratar um advogado mais qualificado para a defesa dos seus interesses. Como bem salienta BARBOSA MOREIRA, a atuação dos advogados repercute diretamente na esfera jurídica das partes, sendo razoável afirmar que, quando se fala em um ato praticado por estas no processo, na verdade é à conduta daqueles que se refere, o que impõe uma limitação da sua autorresponsabilidade e permite inferir que quem conta com o melhor advogado encontra-se em posição de vantagem⁴¹². Cabe, portanto, ao juiz envidar esforços no sentido de corrigir tal assimetria, com vistas à realização da justiça⁴¹³.

A questão ganha relevo, no Brasil, ante a vigência do *jus postulandi*, instituto que desobriga as partes de postularem mediante representação por advogado⁴¹⁴. Em casos nos quais isso ocorra⁴¹⁵, a desvantagem será ainda mais flagrante, visto que a empresa, além de possuir uma informação privilegiada sobre a relação de trabalho – estando inclusive em sua posse os documentos dela resultantes –, poderá contar com uma defesa bastante qualificada, ao passo que o obreiro se valerá somente das parcas informações adquiridas na execução do negócio jurídico.

Aliada a essa tendencial deficiência de representação, encontra-se a dificuldade do trabalhador de explanar ao seu patrono, com clareza, os fatos juridicamente relevantes que podem ser arguidos no processo em seu favor⁴¹⁶. Esse obstáculo na transmissão – que decorre, normalmente, da ignorância sobre os efeitos normativos dos fatos omitidos ou narrados de forma incompleta⁴¹⁷ – prejudica o trabalho do advogado e, conseqüentemente, a própria reparação das lesões sofridas pelos obreiros.

⁴¹² MOREIRA, 2005, p. 11. Essa circunstância de imputação às partes de atos praticados por seus patronos, que representa uma mitigação da autorresponsabilidade daquelas, também é tratada em FENECH; CARRERAS, p. 258-259. Para eles, o acerto da postulação deve importar mais para o resultado do processo do que a técnica dos litigantes (Id., p. 69). Na p. 72, inclusive, destacam a circunstância, que reputam negativa, de a maior ou menor destreza poder acarretar um distanciamento da justiça perseguida no processo.

⁴¹³ ANDREWS, 1994, p. 34.

⁴¹⁴ Tal liberdade é, contudo, limitada à primeira e segunda instâncias, conforme entendimento cristalizado no enunciado 425 da súmula da jurisprudência dominante do TST.

⁴¹⁵ O que será, decerto, cada vez mais raro, em virtude da implementação progressiva do processo eletrônico nos tribunais trabalhistas do país.

⁴¹⁶ É certo que tal debilidade não afeta todos os trabalhadores, em especial os mais esclarecidos e ocupantes de cargos de hierarquia mais elevada na estrutura empresarial. A sua posição privilegiada, no entanto, não exclui o fato de que a sua defesa no processo será deficitária, em virtude da menor capacidade de reunir provas e contratar os melhores advogados.

⁴¹⁷ O desconhecimento do trabalhador quanto aos direitos de que é titular é anotada em HOFFMANN, p. 46; e FERREIRA, 2012, p. 96.

Aponta-se, ainda, como fator de desigualdade entre as partes da relação de trabalho plasmada no âmbito processual a menor aptidão para a prova por parte do prestador de serviços, o que lhe gera óbices na fase instrutória. Além do já citado fato de os documentos do vínculo estarem sempre na posse do diretor das atividades, para este é muito mais fácil o arrolamento de testemunhas, que normalmente encontram-se a ele subordinadas e, ainda assim, prestam depoimento mediante compromisso legal⁴¹⁸.

A diversidade de condições entre as partes da relação jurídica trabalhista, da qual decorrem os já referidos ideário protetivo do Direito Laboral e tendencial imperatividade das suas normas, provoca um relevante efeito processual: a concessão de mais poderes ao magistrado para a correção dessa desigualdade, relativamente àqueles conferidos no bojo do processo civil. Tal estratégia compensadora trata-se de transposição da metodologia protetiva consagrada no plano material para a esfera do processo, beneficiando, também neste *locus*, a parte com menos condições de satisfazer, por si só, no livre jogo de vontades, os seus interesses.

Mesmo no processo comum – por inequívoca influência do laboral⁴¹⁹ –, a correção da desigualdade entre as partes pelo juiz já vem sendo defendida, com amparo no art. 3º-A do CPC/PT. LEBRE DE FREITAS, após trazer à baila o entendimento de que todos os litigantes têm direito a expor as suas razões ao tribunal nas mesmas condições, sinaliza que o tratamento desigual se legitima quando há assimetrias no plano dos fatos, com vistas à manutenção de um equilíbrio global⁴²⁰. Compete, pois, ao julgador, no exercício de sua função assistencial, corrigir ou suplementar a atividade das partes quando constatar uma desigualdade intrínseca entre elas, para que seja realizada em grau máximo a justiça material no caso concreto e, bem assim, evitado o império do contraente mais forte sobre aquele ocupante de posição débil⁴²¹.

Ocorre que, consoante já se expôs no tópico anterior, a assimetria entre as partes de uma relação laboral – que se protraí indefinidamente no tempo, porquanto não se limita

⁴¹⁸ OLIVEIRA, 2009, p. 114.

⁴¹⁹ ALEXANDRE, Isabel. Princípios gerais do processo do trabalho. In *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho* – Curso de Pós-Graduação em Direito do Trabalho, vol. III, 2002, p. 439. Também destacando a interferência do processo do trabalho no processo civil, sobretudo quanto à quebra do formalismo rígido e à simplicidade e celeridade procedimentais, cfr. MESQUITA, José António. Princípios gerais do direito processual do trabalho. In *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano XLVII (XX da 2ª série), n.º 3 e 4, julho-dezembro/2006, p. 210.

⁴²⁰ FREITAS, José Lebre de. A igualdade de armas no direito processual civil português. In *O Direito*, ano 124, n.º 4, outubro-dezembro/1992, p. 621.

⁴²¹ ANDRADE, p. 353-354; SOUSA, 2000, p. 52-53; MATOS, 2007, p. 100; e MARQUES, p. 207-208.

ao tempo de duração do vínculo⁴²² – é muito mais evidente do que nas relações típicas de direito civil, até porque se funda em razões que ultrapassam os limites individuais e interessam a toda a coletividade. Destarte, revela-se imperativa a instituição de um regime diferenciado, com a obediência a princípios e regras específicos e, no que concerne àqueles que coincidem com os do processo civil comum, com a interpretação dirigida à realização dos fins peculiares ao Direito do Trabalho⁴²³.

Observa-se, nesse contexto, a existência de várias situações no processo do trabalho que se amoldam às duas hipóteses acima estabelecidas. Como exemplos de institutos específicos, além do princípio protetor, tem-se os da oralidade, da simplicidade e da celeridade; do estímulo à conciliação entre as partes; e da dispensa do custeio dos encargos processuais por parte do trabalhador⁴²⁴.

Os três primeiros justificam-se especialmente pela situação precária do trabalhador, que persiste no plano processual e, bem assim, pela natureza alimentar do crédito a que faz jus, o qual constitui em regra sua única fonte de rendimento⁴²⁵. Relativamente à gratuidade, presume-se a impossibilidade do obreiro de arcar com as custas necessárias ao desenvolvimento do processo, tendo em vista a sua debilidade econômica, recrudescida após a ruptura da relação pela ausência de renda⁴²⁶.

⁴²² Cfr., a propósito, o Ac. do TST de 16/04/2015, Rel. Min. João Oreste Dalazen, no bojo da ACP nº. 25900-67.2008.5.03.0075, onde se considerou que “o instituto da arbitragem não se aplica como forma de solução de conflitos individuais trabalhistas”, em virtude da incidência do princípio da proteção no seio das relações privadas de natureza trabalhista, alcançando inclusive o período pós-contratual, o que inclui “a homologação da rescisão, a percepção das verbas daí decorrentes e até mesmo eventual celebração de acordo”.

⁴²³ Esse entendimento, contudo, não é unânime. Para ALVARADO VELLOSO, a atuação protetiva dos juízes trabalhistas latino-americanos traduz um indesejável paternalismo. O autor é fortemente contrário à compensação da desigualdade de qualificação do patrocínio, pois entende que, nesse caso, estar-se-ia ajudando mais o advogado do que a própria parte, e desestimulando a boa preparação do causídico, já que (i) sendo tecnicamente inferior, seria auxiliado; e (ii) sendo tecnicamente superior, veria o *ex adverso* ser ajudado (VELLOSO, p. 229-230). Na mesma linha, PALMA CARLOS preconiza que “a paz social não se alcança assegurando a proteção de certas classes; alcança-se garantindo a proteção de todas as classes por forma igual”. Para ele, o princípio tuitivo só incide no direito material, admitindo-se no processo apenas a adoção de meios mais fáceis, rápidos e econômicos de compor os litígios (CARLOS, p. 100-104).

⁴²⁴ Cfr., a esse propósito, VENTURA, p. 34-36. O autor ainda elenca como princípios específicos do processo laboral a não obrigatoriedade de assistência por advogado particular e a imediação. Entende-se, contudo, que o primeiro não tem o caráter de generalidade inerente aos princípios jurídicos, conforme já se falou acima; e o segundo não é peculiar ao processo do trabalho, porquanto originado na esfera civil.

⁴²⁵ SILVA, José Maria Rodrigues da. *O processo do trabalho – princípios e perspectivas*. In Revista Jurídica de Macau, vol. II, n.º 3, setembro-dezembro/1995, p. 94. RAUL VENTURA acrescenta ainda, como justificativa para a celeridade do procedimento, a necessidade de preservação da paz social, que pode ser comprometida com a reprodução dos litígios decorrente da demora na sua resolução, por conta da reiteração dos atos ilícitos eventualmente praticados (VENTURA, p. 35).

⁴²⁶ MELGAR, p. 76-77. Uma concretização desse princípio é a possibilidade, prevista no art. 7º do CPT, de patrocínio judiciário gratuito do trabalhador por parte do MP. Tal serviço, normalmente livre de custos,

Há, ainda, figuras oriundas do processo civil comum cuja interpretação no âmbito laboral revela uma diretriz própria. Assim ocorre, *verbi gratia*, com as normas relativas à competência material da Justiça do Trabalho, que buscam sempre a facilitação do acesso aos tribunais por parte do prestador dos serviços⁴²⁷. Destaca-se ainda, em Portugal, a adoção de um regime restritivo à ação reconvenicional por parte do tomador dos serviços, a fim de evitar que o trabalhador seja ainda mais pressionado após ajuizar a sua demanda⁴²⁸.

No âmbito probatório, a despeito de seguir a disciplina processual civil quanto aos poderes do juiz, o processo laboral consagra em maior escala tais atribuições, conforme se verá quando se tratar da apreciação de fatos não articulados pelas partes. Nesse particular, destaca-se que, em atenção à sua teleologia protetora, o dever de imparcialidade do julgador deve ser anasalado com ainda mais temperança nesse ramo jurídico⁴²⁹.

Finalmente, a inspiração tuitiva e seus desdobramentos impõem, ainda, alterações no regime do princípio da gestão processual, cujas linhas basilares já foram delineadas no capítulo 4. Verificar-se-á, a seguir, a materialidade e as repercussões de tais interferências.

5.3 OS PODERES-DEVERES DE GESTÃO DO PROCESSO DO TRABALHO

O processo laboral, pela sua natureza e ante a finalidade que pretende alcançar, é compatível com a ideia de gestão, princípio que se coaduna com a instrumentalidade da atuação dos tribunais e auxilia o magistrado na realização da justiça material no caso concreto. Buscar-se-á, pois, elucidar por quais meios a gerência pode ser realizada na seara justrabalhista, iniciando pela incidência dos institutos de gestão típicos do processo civil para tratar, posteriormente, das peculiaridades do tratamento da matéria nessa disciplina.

5.3.1 Transposição dos Instrumentos Conferidos ao Juiz no Processo Civil

O dever de gestão previsto no âmbito do processo civil se aplica também ao processo laboral⁴³⁰, já que este, mais do que aquele, assume uma vertente finalística de

constitui mais uma garantia de acesso aos tribunais, compensando a hipossuficiência dos obreiros (MESQUITA, 2006, p. 212; e PINHEIRO, Paulo Sousa. *Curso breve de direito processual do trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2ª ed., 2014, p. 48-49). PALMA CARLOS, porém, critica o instituto, por considerar que o legislador duvida do zelo e probidade dos advogados (CARLOS, p. 122-123). Não se concorda com tal entendimento, visto que a atuação do MP, nesses casos, alinha-se ao interesse público de que se revestem os direitos dos trabalhadores, sem o propósito, mesmo que indireto, de prejudicar a classe advocatícia.

⁴²⁷ ALEXANDRE, p. 428.

⁴²⁸ ALEXANDRE, p. 431-432. O dispositivo é o do art. 30.º, nº. 2, do CPT.

⁴²⁹ OLVEIRA, 2009, p. 114-115.

⁴³⁰ A mesma conclusão está em PINHEIRO, 2014, p. 38.

correção de desigualdades. Com efeito, segundo se afirmou na nota 407 *supra*, são normalmente previstos como critérios de incidência das regras processuais comuns no rito trabalhista a omissão normativa deste e a compatibilidade entre ambos os sistemas, o que se extrai do art. 769 da CLT e do art. 1.º, n.º 2, al. “e”, e n.º 3, do CPT. Assim, considerando que não há consagração expressa do dever sob estudo no âmbito das legislações trabalhistas brasileira e lusitana e, bem assim, que inexistente incongruência dos seus desdobramentos com os princípios reguladores do processo laboral, é plausível falar-se em gerência *formal e material* também nessa seara.

A adequação formal, compreendida como a possibilidade de realização de ajustes no procedimento para conformar o processo aos fins que ele visa alcançar, tem expressa previsão no art. 56º, al. “b”, do CPT, o que reforça o entendimento esposado. No mesmo sentido, os arts. 54º – em especial o seu n.º 1 – e 61º do CPT preveem a imediação inicial mediante o proferimento de despacho convocando as partes ao aperfeiçoamento dos articulados ou, ainda, ao suprimento de falta de pressupostos processuais, em moldes mais alargados do que no CPC/PT, já que, como aponta ISABEL ALEXANDRE, “*o dever do juiz subsiste até à audiência de discussão e julgamento e, além disso, pode ser exercido logo após o recebimento da petição inicial*”⁴³¹.

É possível, ainda, ao magistrado, como forma de evitar a imposição de obstáculos ao efetivo acesso à justiça, mitigar o litisconsórcio ativo necessário em prol do trabalhador, no caso em que o direito violado seja constituído coletivamente e um dos seus titulares se recuse a postular pela via judicial⁴³². Por fim, aplicam-se irrestritamente ao processo laboral as regras de distribuição dinâmica do ônus da prova já existentes na esfera do processo civil, com base na aptidão das partes para produzi-la e tendo em vista a especial situação de debilidade do trabalhador também no plano adjetivo.

No que concerne ao dever de gestão material do processo do trabalho, acompanha-se EDUARDO BIEDMA, que, em estudo sobre o tema, destaca a importância de

⁴³¹ ALEXANDRE, p. 430.

⁴³² Tal prescrição, que consta do art. 3º do CPT, é abordada em ALEXANDRE, p. 423. Um outro instrumento de gestão formal do processo do trabalho era a cumulação obrigatória de ações, suprimida em 1999 com a edição do novo CPT, por meio da qual o autor era compelido a incluir, na petição inicial, todos os pleitos existentes em face do tomador dos serviços até a data de propositura da demanda a fim de eliminar de uma só vez o conflito social pendente, salvo nos casos de pedidos processualmente incompatíveis e pedido resultante de acidente de trabalho ou doença profissional (cfr. MENDES, João de Castro. Pedido e causa de pedir no processo do trabalho. *In Curso de Direito Processual do Trabalho*, Suplemento da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1964, p. 134-136; e ALEXANDRE, p. 403).

flexibilizar a congruência entre o pedido e o sentenciado no âmbito laboral, de modo que o comando emergente da decisão resolva a substância da pretensão deduzida, ainda que não se adéque em sua literalidade ao pedido formulado. Nesse diapasão, o autor ainda considera que as consequências lógicas e naturais da matéria controvertida, os pontos complementares e os implícitos podem ser apreciados pelo julgador, sem que isso represente uma afronta ao princípio dispositivo⁴³³.

No Brasil, alguns tribunais já perfilham tal linha de entendimento, alargando as hipóteses de pedidos implícitos, que derivam logicamente do principal. É o caso do TRT2, que deferiu o pagamento do adicional de um terço do valor das férias mesmo sem pedido expresso, tendo estas sido pleiteadas; e do TRT6, que concedeu o adicional de horas extras quando só fora postulado o adimplemento do labor suplementar⁴³⁴. A mesma perspectiva de análise deve ser adotada para os casos em que as repercussões de determinada parcela de natureza remuneratória (a exemplo das diferenças salariais) deferida em juízo sobre outras, calculadas com base no salário (como férias e gratificação natalina) não são requeridas, ou o são de modo incompleto.

Ainda no campo da gestão do pedido, CASTRO MENDES há décadas ressaltava que as regras de ampliação, nos casos de consequência ou desenvolvimento do original, aplicam-se ao processo do trabalho⁴³⁵. No modelo de gestão cooperativa do processo exposto neste trabalho, os conceitos devem ser interpretados de modo a permitir a matização da rigidez preclusiva relacionada à formulação de pedidos, possibilitando uma mais efetiva composição da lide, que envolve parcelas de caráter alimentar.

Há que se admitir, também, a convalidação de pedidos formulados com qualificação jurídica equivocada. Tal sucede habitualmente em lides trabalhistas, com realce para os pedidos (i) de indenização correspondente a 40% (quarenta por cento) do valor depositado na conta do trabalhador vinculada ao FGTS, muitas vezes deduzido sob a rubrica de

⁴³³ BIEDMA, Eduardo González. Principio de congruencia en el proceso de trabajo y derecho a la tutela judicial efectiva. In *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 39, julho-setembro/1989, p. 410-412. Para respaldar o seu posicionamento, o autor menciona algumas decisões do TS datadas da década de 80, com destaque para a de 28/01/1985, onde se dispunha que “*la congruencia no supone una conformidad literal y rígida a las peticiones de las partes, sino racional y flexible, y existe siempre que se guarde la debida adecuación a los presupuestos fácticos de la litis*”.

⁴³⁴ BARBOSA, Bernardete de Lourdes Cordeiro. *A condenação extra vel ultra petitum no processo do trabalho*. 116 fl. Dissertação do 2º ciclo de Estudos em Direito em Ciências Jurídico-Empresariais, Menção Direito Laboral. Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, 2013, p. 98-99.

⁴³⁵ MENDES, 1964, p. 130.

*multa*⁴³⁶; (ii) de reconhecimento da despedida indireta sem pleito subsidiário de verbas devidas em caso de *pedido de demissão*⁴³⁷; (iii) de pagamento de horas extras trabalhadas em feriados, quando o correto seria o pleito de pagamento da dobra legal⁴³⁸; (iv) de declaração de ilicitude do despedimento, não raro confundido com a sua nulidade ou mera irregularidade; e (iv) de reintegração do trabalhador ao emprego, sem a pretensão eventual de indenização em valor correspondente ao salário do período de afastamento⁴³⁹.

Relativamente à causa de pedir, a plêiade de matérias que podem ser abordadas em ações trabalhistas confere aos magistrados uma ampla gama de possibilidades de promover a sua gestão, tendo em vista, principalmente, a debilidade normalmente verificada nos trabalhadores para contratar os melhores advogados e transmitir para eles, do modo mais adequado, os fatos juridicamente relevantes. É, pois, justificável que algumas situações somente venham à tona no curso da audiência de instrução, o que pode ocorrer em diversas searas, a exemplo das seguintes: (i) do *assédio moral*, fatos atinentes ao relacionamento prévio entre assediado e assediador, e deste com os demais funcionários da empresa; (ii) da *sanção disciplinar*, fatos concernentes ao histórico comportamental do acionante; (iii) da *jornada laboral*, fatos relacionados ao horário de funcionamento da empresa, inclusive no período de almoço; e (iv) da *existência do vínculo de emprego*, fatos que digam respeito à exclusividade da prestação dos serviços ao mesmo tomador.

Em todos os casos suso narrados, compete ao julgador atuar de forma pró-ativa, atenuando o rigor da preclusão temporal incidente sobre o regime da alegação dos fatos,

⁴³⁶ No Brasil, onde o FGTS constitui um fundo que visa compensar a ausência de estabilidade no emprego, em muitos casos de despedida imotivada do trabalhador, o empregador não paga a indenização devida. Contudo, não é raro observar, na prática forense, que muitos causídicos formulam o pedido requerendo o pagamento da *multa* correspondente ao percentual mencionado. Ora, se a despedida se operou de forma lícita, não há que se falar em multa, mas sim em indenização – de todo modo, tendo havido uma qualificação jurídica diversa do pedido, é corriqueiro que os magistrados conheçam do pleito, sem violação do dever de congruência entre o objeto do processo e a decisão final.

⁴³⁷ A despedida indireta é instituto consagrado no art. 483 da CLT, e corresponde a uma espécie de ruptura contratual por justa causa aplicada pelo trabalhador contra o seu patrão, nos casos ali previstos, que em geral correspondem a graves violações dos deveres contratuais por parte deste. Normalmente, a comunicação do ato é feita mediante a propositura de ação trabalhista, na qual deveria sempre ser pleiteado em caráter subsidiário, para a hipótese de não ser acolhida a alegação de despedida indireta, o pagamento das verbas rescisórias como se o empregado tivesse pedido demissão. Não é o que ocorre, entretanto, na prática forense ordinária, eis que muitos patronos são omissos a esse respeito. Não obstante, é comum que os juízes do trabalho, *ex officium*, determinem o pagamento de tais parcelas no caso de indeferimento do pedido principal.

⁴³⁸ SEBASTIÃO, Nuno J. S. *A condenação além do pedido no Código de Processo do Trabalho: seu sentido e limites*. Coimbra: Almedina, 1983, p. 21.

⁴³⁹ BIEDMA, p. 419. A última hipótese, inclusive, se amolda à previsão do art. 496 da CLT.

especialmente quando estes não constituem o cerne do pedido, sendo apenas instrumentais ao deferimento da pretensão.

Pelo exposto, não é suscetível de qualquer dúvida a incidência do dever de gestão na disciplina processual trabalhista, impondo-se aos magistrados cumprir tal encargo para se aproximar ao máximo da pretendida realização da justiça material. Ultrapassada essa fase preliminar, e sendo certo que a amplitude da gestão formal no campo do processo civil não confere margem a invocações em outras esferas, o estudo das formas específicas da gestão no processo laboral será cingido ao seu aspecto *material*.

5.3.2 Instrumentos de Direção Material Específicos do Juiz do Trabalho

Nos tópicos anteriores, falou-se sumariamente em uma maior vocação do processo laboral, comparativamente ao civil, para conferir poderes de intervenção ao magistrado, a fim de alcançar a sua finalidade de realização da justiça material, que consiste na compensação da desigualdade existente entre as partes da relação de trabalho, mantida no plano processual⁴⁴⁰. JOSÉ MARIA SILVA, valendo-se de elucidativa metáfora, compara a justiça civil à deusa romana *Justitia*, que “*segura a balança com as duas mãos, está desarmada e administra a justiça de olhos vendados*”; a justiça do trabalho, de seu lado, se aproxima da deusa grega *Dirkê*, já que “*segura a balança com a mão esquerda, empunha uma espada com a mão direita e administra a justiça de olhos bem abertos*”⁴⁴¹.

EDUARDO BIEDMA, ratificando o que ora se preconiza, justifica o mais intenso poder de direção por parte do magistrado do trabalho com base na menor formalidade e maior celeridade do rito, bem como na finalidade tuitiva desse ramo jurídico, que se ampara no desconhecimento das normas substantivas pelo contraente débil⁴⁴². Também a inderrogabilidade típica dos direitos trabalhistas demanda maiores restrições ao princípio dispositivo, alargando a esfera de gestão do pedido e da causa de pedir pelo juiz, que pode efetuar as adequações necessárias para a efetivação da justiça, desde que oportunize o exercício do contraditório e respeite o poder de disponibilidade das partes sobre o seu patrimônio jurídico, sendo-lhe defeso atuar em nome e no lugar destas.

⁴⁴⁰ Nesse sentido, BAPTISTA, Albino Mendes. *Introdução ao Direito Processual do Trabalho*. Lisboa: Quid Iuris, 2ª ed., 1999, p. 118).

⁴⁴¹ SILVA, p. 98-99.

⁴⁴² BIEDMA, p. 416.

Sob tais perspectivas, realizar-se-á a análise crítica dos principais institutos de gestão material típicos do processo do trabalho, apontando as suas vantagens, os perigos que oferecem e, por fim, os principais requisitos da legitimidade do seu exercício.

5.3.2.1 A (Im)possibilidade de Julgamento Extra ou Ultra Petita

Segundo RAUL VENTURA, o juiz, ante uma divergência entre a pretensão substantiva e a expressamente deduzida pelo autor da ação, pode se comportar de três modos: (i) considerar o pedido em sua literalidade, em homenagem ao princípio dispositivo; (ii) convidá-lo a adequar a pretensão; ou (iii) aguardar o momento da sentença e, nessa oportunidade, promover a adequação necessária, em um juízo *extra* ou *ultra petita*⁴⁴³. Sendo certo que as duas primeiras se revelam insuficientes à satisfação do fito processual de realização da justiça, cumpre, doravante, analisar a legitimidade da terceira via proposta pelo autor, cogitando, ao mesmo tempo, a possibilidade de uma quarta opção, consectária da gestão material do processo.

Com efeito, o modelo de gestão cooperativa não se compatibiliza com a prolatação de decisões *extra* ou *ultra petita*, conforme apontado no item 4.3.1 *supra*, na medida em que por meio destas o juiz se substitui às partes na prática de um ato que lhes compete, revelando um traço autoritário repulsivo à disciplina processual contemporânea. Ademais, um juízo de proporcionalidade permite inferir que os prejuízos advindos da obediência aos parâmetros fixados pelas partes para compor a lide são menores que os resultantes do desrespeito à liberdade delas. Propõe-se, assim, uma atitude do magistrado no sentido de, mediante a colocação de questões, provocar a parte que formulou incorretamente o pedido para que o emende, complemente ou altere, atuando assim em conformidade com o princípio da gestão processual.

A despeito disso, diversos ordenamentos jurídicos já previram tal possibilidade. É o caso de países sul-americanos como Argentina, Bolívia, Colômbia e Venezuela⁴⁴⁴, bem

⁴⁴³ VENTURA, p. 45.

⁴⁴⁴ RAUL VENTURA e PAULO PINHEIRO noticiam as regras das aludidas ordens jurídicas (PINHEIRO, Paulo Sousa. A condenação *extra vel ultra petitem* no Código de Processo do Trabalho. In *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, n.º 12, 2007, p. 216-217; e VENTURA, p. 41-42). Na Argentina, ainda sob a égide da *Ley* 9.688, era possível em alguns casos ultrapassar os limites da lide no âmbito das indenizações decorrentes de acidentes do trabalho. Hodiernamente, a matéria é tratada no art. 56 da *Ley de Organización de la Justicia Nacional del Trabajo de la Capital Federal y Ley de Procedimiento Laboral* de 1998. Na Bolívia, o art. 371 do CT dispunha sobre tal possibilidade, hoje prevista no art. 64 do *Código Procesal del Trabajo* de 1979. Na Colômbia, a faculdade está prevista no art. 50 do *Código Procesal del Trabajo* de 1948,

como de alguns europeus, a exemplo de Espanha (em dispositivo atualmente sem eficácia⁴⁴⁵) e Portugal. Este último, que consagra no art. 74.º do atual CPT o *dever* de proferir decisões *extra* ou *ultra petita*, tem especial interesse para o presente estudo.

São vários os fundamentos que justificam a extrapetição, contudo, o principal deles é a natureza tendencialmente imperativa e inderrogável das normas tutelares do trabalhador, que deriva da vocação protetiva do Direito Laboral. Ora, se há um interesse da coletividade subjacente à consagração dos direitos trabalhistas, limitar o exercício da jurisdição ao objeto fixado pelas partes configura uma frustração do seu escopo social⁴⁴⁶. Assim, como bem relata JOANA VASCONCELOS, se no direito material a irrenunciabilidade de um direito torna irrelevante a vontade do seu titular de dele dispor, no plano processual ela se projeta por meio de limitações à eficácia do princípio dispositivo⁴⁴⁷.

Aliados a esse primeiro, verificam-se outros, quais sejam: a natureza alimentar dos créditos laborais; a incapacidade técnica do trabalhador para formular corretamente os pedidos contra o tomador dos seus serviços⁴⁴⁸; a informalidade do processo do trabalho e o seu desapego à rigidez do tecnicismo típico do campo civil, em nome da proteção do contraente débil⁴⁴⁹; e a efetivação da igualdade entre as partes, por se tratar de mecanismo compensador da assimetria entre elas no âmbito da relação jurídica de direito material, que persiste mesmo após a ruptura desse vínculo e se projeta também no plano processual⁴⁵⁰.

impondo a prévia discussão pelas partes dos fatos que embasam a condenação. Por fim, na Venezuela, o art. 6º, § único, da *Ley Organica Procesal del Trabajo* trata do assunto nos mesmos moldes dos demais citados.

⁴⁴⁵ Trata-se do art. 164º, n.º 2, da Ley Española de 1958, que possibilita o julgamento de matérias não articuladas pelas partes, mas provadas durante a instrução (VENTURA, p. 42).

⁴⁴⁶ Nesse sentido, cfr. FERREIRA, Alberto Leite. *Código de Processo do Trabalho: Anotado*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 294-295; BAPTISTA, 1999, p. 118; PINHEIRO, 2014, p. 55; SILVA, p. 97; e VENTURA, p. 46-48. Registre-se que tal ilação prevalece mesmo considerando o caráter relativo ou não absoluto da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, já que a sua tendencialidade é suficiente para justificar a concessão de meios ao juiz para buscar se aproximar da sua efetivação no plano dos fatos. EDUARDO BIEDMA também aborda a questão, referindo dois acórdãos de 1961 do TS, nos quais se considerou que direitos advindos de normas protetoras do trabalhador devem ser concedidos pelo órgão jurisdicional, ainda que sem pedido expresso (BIEDMA, p. 421-422).

⁴⁴⁷ VASCONCELOS, Joana. Condenação *extra vel ultra petitem* – um mecanismo ultrapassado? *In Estudos do Instituto de Direito do Trabalho – Ciclo de conferências sobre processo do trabalho*, vol. VI, 2012, p. 202.

⁴⁴⁸ BARBOSA, p. 103.

⁴⁴⁹ BARBOSA, p. 97.

⁴⁵⁰ Note-se, nesse contexto, que o Ac. TC/PT 644/94, de 13 de dezembro, não considerou o art. 74º do CPT inconstitucional por violação do princípio da igualdade, visto que se trata de dever que beneficia ambas as partes do processo. Assim, para alguns, a extrapetição não constitui mais uma manifestação da igualdade material, justificando-se tão somente pela inderrogabilidade das normas juslaborais (ALEXANDRE, p. 435-436; e BAPTISTA, 1999, p. 119). *Data venia*, o entendimento é uma fuga do problema para não assumir o caráter protetor do dispositivo e, conseqüentemente, evitar arguições de inconstitucionalidade, já que não há notícia de ações movidas pelo tomador dos serviços para proteger direitos inderrogáveis de que seja titular.

Em Portugal, a obrigatoriedade de o juiz proferir sentenças *extra* ou *ultra petita* não é novidade do atual CPT, configurando decerto o maior desvio histórico da disciplina laboral relativamente à civil. Não se trata, como pode parecer, de mera faculdade ou poder discricionário do julgador, mas de dever, o que garante uma previsibilidade da sua conduta corretora da formulação deficiente de pedidos, em especial por parte do trabalhador⁴⁵¹.

Não é sempre, entretanto, que o dever em apreço deverá ser exercido, visto que se impõe o respeito a alguns limites. Assim, por exemplo, em respeito à liberdade das partes e à valorização do ato conciliatório no processo do trabalho, não se pode decidir a causa de modo diverso do acordado por aquelas⁴⁵². Ademais, doutrina e jurisprudência se inclinam fortemente a limitar a extrapetição à causa de pedir fixada pelas partes⁴⁵³⁻⁴⁵⁴.

Os obstáculos impostos também envolvem a matéria discutida no processo, sendo bastante restrita a noção de inderrogabilidade para os efeitos de incidência do atual art. 74º do CPT, cuja redação é semelhante aos dispositivos dos códigos anteriores. Segundo CASTRO MENDES, para a configuração da inderrogabilidade, devem ser diferenciados os direitos de *existência necessária* e os de *exercício necessário*. Para ele, a condenação *extra* ou *ultra petita* somente se justifica para o “*suprimento, pelo juiz, dum direito de exercício necessário imperfeitamente exercido pelo seu titular (ou seu representante)*”. Ressalte-se que no caso de inação do titular de tais direitos, poderia até ser designado um órgão do Estado diverso do Poder Judiciário (como o MP) para o patrocínio dos seus interesses⁴⁵⁵.

A relevância da limitação material estabelecida se observa na escassez de direitos de exercício necessário. Com efeito, apenas se admite a extrapolação dos limites fixados nos seguintes casos: (i) indenização por acidente de trabalho ou doença ocupacional⁴⁵⁶; (ii)

⁴⁵¹ Nesse sentido, SEBASTIÃO, p. 19-20; e PINHEIRO, 2014, p. 56.

⁴⁵² XAVIER; MARTINS, p. 493-494.

⁴⁵³ No âmbito doutrinário, veja-se BAPTISTA, Albino Mendes. *Código de Processo do Trabalho: anotado*. Lisboa: Quid Iuris, 2002, p. 180; FERREIRA, 1989, p. 295-296; e BARBOSA, p. 64. EDUARDO BIEDMA, em menção ao direito espanhol, perfilha o mesmo entendimento (BIEDMA, p. 421).

⁴⁵⁴ ABÍLIO NETO cita diversos acórdãos nesse sentido: Ac. TR do Porto de 08/05/2000; Ac. STJ/PT de 12/12/2001; Ac. TR de Lisboa de 19/03/2003; Ac. STJ/PT de 30/09/2004; Ac. STJ/PT de 23/04/2008 (NETO, Abílio. *Código de Processo do Trabalho Anotado*. Lisboa: Ediforum, 4ª ed., 2010, p. 156-157).

⁴⁵⁵ MENDES, 1964, p. 131-133. O autor é seguido por vários outros, como FERREIRA, 1989, p. 297; BAPTISTA, 2002, p. 181; e PINHEIRO, 2007, p. 222. A jurisprudência se posiciona em idêntico sentido, conforme se extrai de decisões referidas em ALEXANDRE, p. 399; e PINHEIRO, 2014, p. 59-63.

⁴⁵⁶ MENDES, 1964, p. 131-132. Igualmente, PINHEIRO, 2014, p. 63-64. ABÍLIO BAPTISTA destaca que os juros sobre tais prestações também podem ser deferidos sem postulação (BAPTISTA, 2002, p. 182). A saúde e segurança são, de fato, o primeiro plano da tutela das normas justralhistas (RAMALHO, 2000, p. 193).

reconhecimento da existência de relação de emprego⁴⁵⁷; (iii) aplicação de normas previstas em convenções coletivas ou portarias de regulamentação do trabalho⁴⁵⁸; (iv) revelia do réu, quando a lei determina que em função dela os fatos alegados pelo autor presumem-se verdadeiros⁴⁵⁹; e (v) créditos adquiridos, na vigência do contrato de trabalho⁴⁶⁰⁻⁴⁶¹.

A excessiva restrição ao instrumento flexibilizatório do princípio dispositivo sob análise – sem olvidar a crítica ao seu autoritarismo, mas considerando o seu já destacado uso em consonância com o dever de gestão processual – constitui um óbice à realização, pelo juiz, da justiça no caso concreto mediante a tentativa de adequação das pretensões deduzidas⁴⁶². É fundamental ampliar o espectro interpretativo desse mecanismo, como forma de garantir ao máximo a efetividade dos direitos trabalhistas postos em xeque no plano das relações laborais⁴⁶³.

Não se deve, portanto, inviabilizar a gestão do pedido pelo magistrado trabalhista, possibilitando-a mesmo quando tal demandar uma alteração da *causa petendi*, conforme disposto no tópico 4.3.2 deste trabalho, independentemente de previsão legal nesse sentido, o que revela a legitimidade de uma atuação nesse sentido também no Brasil⁴⁶⁴.

5.3.2.2 O Aproveitamento de Fatos não Alegados e sem Pedido Correspondente

Muitas vezes, a parte – em especial a trabalhadora – deixa de alegar algum fato que é constitutivo de seu direito, por não se aperceber da sua relevância jurídica, o que só

⁴⁵⁷ Cfr. o recente julgamento do TR de Coimbra (Ac. de 26/09/2014, Rel. Des. Ramalho Pinto). No caso, o MP ajuizou uma ação de reconhecimento da existência de contrato de trabalho, com marco inicial em 01/09/2013. Ocorre que, tendo resultado dos autos que o início da relação se deu, em verdade, no dia 01/09/2012, o Tribunal do Trabalho de Leiria, em decisão confirmada no acórdão referido, estabeleceu tal data no dispositivo da sentença, em atenção aos arts. 74.º e 186.º-O do CPT.

⁴⁵⁸ SEBASTIÃO, p. 28-29.

⁴⁵⁹ SEBASTIÃO, p. 43-47. O autor, em entendimento que n'alguma medida beneficia o réu negligente, considera que não se justifica a extrapetição quando a lei, diante da revelia, limita a condenação ao pedido.

⁴⁶⁰ MENDES, 1999, p. 118; e PINHEIRO, 2014, p. 58-60. Para este último, tal se justifica pela subordinação existente durante o vínculo, sendo que, após a sua ruptura, esses direitos podem ser objeto de disposição. Advirta-se, contudo, que em Itália se adota o mesmo entendimento desta tese, no sentido de que a debilidade e seus efeitos persistem mesmo com a cessação do vínculo laboral (VASCONCELOS, p. 197-198).

⁴⁶¹ Situam-se fora do raio de incidência do art. 74.º do CPT os juro (PINHEIRO, 2014, p. 61; e BAPTISTA, 2002, p. 181) e o reconhecimento de categoria profissional diversa da indicada pelo padrão (PINHEIRO, 2014, p. 61-62).

⁴⁶² JOANA VASCONCELOS questiona a legitimidade da leitura restritiva do conceito de *inderrogabilidade* previsto no art. 74.º do CPT, na medida em que o dispositivo não suporta tal interpretação, e adere à mesma noção adotada no presente estudo (VASCONCELOS, p. 197-198).

⁴⁶³ BARBOSA, p. 102-103; SILVA, p. 98; e VASCONCELOS, p. 204.

⁴⁶⁴ Há, inclusive, uma relevante inclinação jurisprudencial para admitir em algumas hipóteses – destaque-se, por exemplo, a da multa prevista no art. 467 da CLT, que pode ser cominada oficiosamente quando as verbas rescisórias incontroversas não forem pagas até a primeira audiência designada no processo – a prolação de sentenças que extrapolam os limites do pedido (BARBOSA, p. 53-56).

ocorre no curso da instrução, quando a sua ocorrência exsurge da prova produzida, seja ela documental ou oral. É o que pode suceder, por exemplo, quando um espelho de jornada revela a prestação de horas extras, a supressão do intervalo intra ou interjornadas ou o trabalho em feriados; quando se nota, da leitura da convenção coletiva juntada aos autos, que uma de suas cláusulas foi violada; quando o extrato da conta vinculada ao FGTS revela a inexistência dos depósitos mensais determinados por lei; quando a testemunha ouvida em juízo narra a prática de assédio moral contra o autor da ação, sem que nada disso tenha sido alegado, nem formulado nenhum pedido a respeito. Nesses casos, deveria o julgador aproveitar o fato e oportunizar à parte a formulação ou acréscimo do pedido, ou simplesmente se valer do regime de prazos fixado em lei para não levá-lo em conta na formação do seu convencimento?

Uma análise fundada no pressuposto de igualdade formal dos litigantes para promover a alegação completa dos fatos ocorridos no curso da relação de direito material, bem como no de inexistência do dever do magistrado de buscar a verdade, certamente conduz à escolha pela segunda alternativa⁴⁶⁵. Não é essa, porém, a diretriz preconizada no decorrer desta pesquisa; sem embargo, a primeira opção é muito mais consentânea com os influxos da moderna doutrina processual, fundada em um dever de gestão cooperativa⁴⁶⁶.

Em Portugal, o art. 27º, al. “b”, do CPT se revela sensível ao cariz protetivo do processo laboral, na medida em que ordena ao juiz o convite às partes para completar ou corrigir os articulados quando estes são omissos a respeito de fatos relevantes para a composição da lide, o que pode ocorrer com a especificação, pelo autor, dos danos de ordem material ou moral alegadamente sofridos. Tal previsão traduz, decerto, um maior comprometimento com a verdade no processo do trabalho em comparação com o civil comum, em virtude da natureza dos interesses em conflito⁴⁶⁷.

Na mesma linha de elastecimento do poder cognitivo do órgão jurisdicional, o art. 72º do CPT permite a produção de prova e o consequentemente aproveitamento, no juízo

⁴⁶⁵ Essa posição é adotada em JAUERNIG, p. 144-146. ABÍLIO NETO aponta ainda a confiança da parte ré na improcedência do pedido formulado pelo autor sem a narrativa completa dos fatos (NETO, 2010, p. 144).

⁴⁶⁶ Não se defende o desrespeito ao princípio dispositivo, nem a subversão do contraditório, mas uma maior flexibilização do regime dos fatos alegados no processo do trabalho (SEBASTIÃO, p. 40).

⁴⁶⁷ Há, todavia, entendimentos restritivos sobre a matéria. Nesse sentido, LOPES DO REGO, mesmo defendendo que o dever pode ser cumprido até o fim da discussão em primeira instância, considera que não pode ser modificada a causa de pedir, nem podem ser incluídos novos fatos, ainda que complementares ou concretizadores, caso o julgador tenha oportunizado a sua alegação no exercício da imediação inicial e nada tenha sido arguido nesse momento (REGO, 2004, p. 267-268).

decisório, dos fatos não alegados pelas partes e surgidos no curso da instrução, desde que tenham interesse para uma melhor resolução do litígio. É elogiável, ainda, a circunstância de o dispositivo não limitar o tipo dos fatos cognoscíveis *a posteriori*, sendo possível se valer deles, mesmo quando de natureza essencial⁴⁶⁸.

ADELAIDE DOMINGOS, ao interpretar esse dispositivo, ratifica sua larga abrangência, que independe da vontade das partes e se justifica pelas dimensões social e coletiva das normas jurídico-laborais. Para a autora, cabe ao processo do trabalho adotar instrumentos que possibilitem a realização da justiça material⁴⁶⁹. E, não é demais salientar, trata-se de um dever do magistrado de promover com efetividade a tutela judicial.

Se, de um lado, é tranquila a aceitação do aproveitamento de fatos não alegados na formação do juízo decisório, de outro se observa uma relutância a tal procedimento quando se exige a formulação de novos pedidos, em respeito à estabilidade da instância e ao exercício do contraditório. O art. 28º do CPT, em Portugal, condiciona a dedução de novos pleitos relacionados aos fatos ocorridos antes da propositura ação à devida justificação, pela parte autora, da sua não inclusão no petitório inicial, donde se extrai uma menor tolerância à omissão das partes nessa seara.

Não é essa, contudo, a perspectiva mais adequada a se adotar em conformidade com a ideia de gestão cooperativa exposta neste trabalho. Com efeito, desde que da aceitação de novos pedidos formulados com base nos fatos descobertos durante a atividade instrutória não resultem prejuízos insuperáveis ao andamento do processo, não se vislumbra qualquer desrespeito às garantias das partes. O que se exige, sem dúvidas, é o atendimento a certos requisitos de atuação do juiz, nos moldes a seguir expostos.

⁴⁶⁸ Nesse sentido, DOMINGOS, Maria Adelaide. Poderes do juiz de trabalho na fixação da matéria de facto. In *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho – Ciclo de conferências sobre processo do trabalho*, vol. VI, 2012, p. 135. A autora destaca que essa é uma tendência antiga do processo do trabalho português.

⁴⁶⁹ DOMINGOS, p. 135-136. LEITE FERREIRA, destacando a essência insubmissa do ramo juslaboral quanto aos formalismos da lei, destaca que os novos fatos, ainda que omitidos pelas partes, devem ser objeto de prova sempre que isso seja necessário para evitar um julgamento injusto (FERREIRA, 1989, p. 278). Inobstante tal posição, ele se diz contra a alteração da causa de pedir no exercício dessa atividade (Id., p. 277-278), no que é acompanhado por EDUARDO BIEDMA, este em referência aos arts. 76 e 167 da antiga LPL (BIEDMA, p. 414). Convergindo com esse entendimento, várias decisões jurisprudenciais limitam o conhecimento expandido dos fatos à causa de pedir previamente articulada pelas partes – assim, o Ac. STJ/PT de 07/05/2003; o Ac. STJ/PT de 09/01/2008; e o Ac. TR de Lisboa de 16/04/2008, citados em NETO, 2010, p. 146-148. Entende-se, contrariamente, que a causa de pedir pode ser modificada, e até mesmo incluída uma nova, com vistas à efetivação dos direitos das partes, desde que disso não resultem transtornos ao processo.

5.3.2.3 Principais Limites à Gestão no Processo do Trabalho

Os princípios, por sua natureza, não são absolutos, visto que podem se chocar entre si, convivendo mediante a atenuação da eficácia de um deles em nome da proeminência do outro em um caso concreto. No caso da gestão do processo não haveria de ser diferente e, para integrá-la à ordem jurídico-laboral, é necessário conformá-la às outras diretrizes axiológicas, limitando o seu espectro de incidência.

Ressalte-se, primeiramente, que o princípio da igualdade não constitui óbice à gestão do processo – verifica-se, em verdade, uma sua concretização no exercício deste dever. Sem embargo, o próprio CPC/PT, em seu art. 3.º, já admite tal vertente da isonomia, donde se extrai a obrigação do juiz do trabalho de assegurar as mesmas oportunidades e condições a todos os litigantes, mediante atuação positiva dirigida à compensação da assimetria inerente à relação jurídica subjacente, com auxílio à parte necessitada para impedir o uso da força pelo contraente mais forte⁴⁷⁰. Não ocorre, pois, a supressão de direitos de uma das partes; apenas se aprimora a proteção da outra⁴⁷¹.

De igual modo, o dever de imparcialidade do juiz, se corretamente compreendido, não interfere no exercício da gestão do processo laboral. Exige-se do magistrado, nesse ínterim, a ausência de interesse *pessoal* na resolução do litígio e uma postura equidistante junto às partes⁴⁷². Deve ele, portanto, atentar para o tratamento igualitário dos litigantes, na medida das suas necessidades específicas – o que inclui a legitimação de atos protetivos da parte débil da relação jurídica processual –, rechaçando-se o mito do juiz neutro⁴⁷³.

Feitas essas considerações preliminares, passa-se a discorrer sobre fatores que *de fato limitam* a conduta do magistrado no exercício da gestão do processo laboral.

5.3.2.3.1 A Necessária Oportunização do Contraditório

O princípio do contraditório integra a essência do processo, consagrando uma garantia básica das partes. Contudo, a despeito da sua essencialidade, trata-se de exigência

⁴⁷⁰ SOUSA, 1997, p. 42-43. Ressaltando o impedimento do uso da força, cfr. VELLOSO, p. 227-228.

⁴⁷¹ SOUSA, 1997, p. 44.

⁴⁷² Nesse sentido, VELLOSO, p. 229; e JORGE, 2005, p. 56.

⁴⁷³ SOUSA, 1997, p. 45. Segundo o autor, a atuação passiva do juiz neutro perante situações de desigualdade é indesejável. IGREJA MATOS, na mesma linha, destaca que, dada a ineliminável carga subjetiva que informa a pessoa do magistrado, é difícil sustentar a ideia de imparcialidade em seu formato clássico, falando-se de modo mais pertinente em independência do órgão julgador (MATOS, 2007, p. 99-100).

facilmente reversível, porquanto pode ser cumprida na fase inicial do procedimento ou no seu curso, até mesmo durante a instrução, sem que sejam prejudicados os seus efeitos.

A extensão desse dever é, n'alguma medida, controvertida: há quem entenda que se aplica a todas as questões suscitadas no curso do processo⁴⁷⁴, bem como, por outro lado, sustenta-se a sua necessidade apenas quando a matéria for suscetível de repercutir substancialmente no conteúdo da decisão⁴⁷⁵. Sem adentrar o mérito da discussão, nota-se que as duas correntes revelam a obrigatoriedade do respeito ao contraditório no exercício da gestão material, na medida em que esta interfere no objeto do litígio, constituído por pedido e causa de pedir.

No que concerne à possibilidade de ultrapassagem dos limites fixados pelas partes para o julgamento da causa, realizada mediante provocação do juiz ao litigante interessado, a exigência do contraditório se dá para que se oportunize, além da sua audição quanto à matéria discutida, a alegação que se repute adequada à defesa dos interesses defendidos no processo⁴⁷⁶. Inclusive, o Ac. TC/PT 605/95, de 08 de novembro, promoveu uma interpretação conforme do art. 74º do CPT, condicionando a sua constitucionalidade ao prévio exercício do contraditório⁴⁷⁷.

Também no âmbito do aproveitamento de fatos surgidos no curso da instrução, o contraditório é requisito indispensável à legitimidade da gestão processual exercida pelo magistrado trabalhista⁴⁷⁸. De fato, uma parte não pode se valer de fato não alegado no momento devido, ainda mais quando a seu respeito não tenha sido formulado nenhum pleito, sem que a outra tenha a oportunidade de sobre ele falar, até porque com isso estar-se-ia legitimando a omissão dolosa quanto a matérias relevantes para o deslinde da causa, com a prática de condutas-surpresa incompatíveis com a boa-fé objetiva processual.

⁴⁷⁴ FREITAS, 2013b, p. 29. O autor critica a exceção da manifesta desnecessidade prevista no art. 3.º, n.º 3, do CPC/PT. Para ele, não deveria haver exceções, como no art. 14 do CPC/FR e no art. 10 do Novo CPC/BR.

⁴⁷⁵ REGO, 2013, p. 784. Ele ainda considera que o contraditório só se impõe quando não seja exigível que a parte tenha alegado a matéria em momento anterior. Trata-se, porém, de uma condição que deve ser bastante mitigada quando posta contra o trabalhador, que pela sua hipossuficiência muitas vezes deixa de narrar ou fato ou formular um pedido no tempo devido sem culpa sua.

⁴⁷⁶ PINHEIRO, 2007, p. 233-234. EDUARDO BIEDMA leciona que o respeito ao contraditório representa uma solução intermédia, que possibilita a mitigação do dispositivo sem, no entanto, transformar o juiz em uma espécie de “procurador público” na defesa dos interesses dos trabalhadores (BIEDMA, p. 424).

⁴⁷⁷ A mesma exigência consta do Ac. 644/94, citado na nota 450 *supra*.

⁴⁷⁸ DOMINGOS, p. 136. O mesmo entendimento se extrai do Ac. TR do Porto de 24/11/2003, citado em NETO, 2010, p. 146.

5.3.2.3.2 Manutenção do Poder de Disponibilidade sobre o Objeto da Demanda

O segundo limite ao exercício da gestão do processo laboral consiste no respeito ao poder de disponibilidade dos litigantes sobre o objeto da demanda. Com efeito, se o princípio dispositivo, em sua rigidez hermética, acaba por determinar a presença de um magistrado inerte, passivo e desinteressado na realização da justiça, é certo que também contribui para demonstrar a relevância da liberdade e da autorresponsabilidade das partes.

A presença de um juiz atuante e diligente, nos moldes preconizados neste estudo, de fato limita a eficácia do princípio dispositivo; contudo, deve ser mantido o mínimo de responsabilidade das partes pela própria conduta, especialmente quando a lei atribui a elas – e não a outrem, a exemplo do MP – a tutela dos seus interesses em juízo. Nesse sentido, o tribunal pode sugerir, provocar, instar, alertar, cooperar, se esclarecer, auxiliar, prevenir; mas nunca impor, contra a vontade do litigante, um determinado pedido ou causa de pedir não desejada.

Como salienta JAUERNIG, “*não correspondendo a parte ao convite do Tribunal, tem de imputar a si mesma a eventual perda do processo*”⁴⁷⁹. Na mesma linha, adverte-se que não é defensável a manutenção do dever de juiz de investigar os fatos e provas, sem que haja uma resposta positiva nesse sentido vinda do próprio litigante interessado⁴⁸⁰.

Há, portanto, uma busca pela preservação do direito das partes de se autodeterminarem, sendo vedado ao juiz substituir-se a elas no exercício de atividade que lhes compete. Pode-se até, na esteira do que já se disse sobre a mitigação da autonomia das partes em virtude do patrocínio por advogado, cogitar a responsabilidade deste – o que não constitui objeto deste trabalho –, entretanto tal não exclui a inevitável sucumbência da parte negligente.

5.3.2.3.3 Aspectos Temporais

Insta, por fim, discorrer sobre aspectos temporais relacionados ao exercício do dever de gestão material no processo do trabalho, que às vezes o limitam para preservar o próprio objetivo do instituto: a garantia da efetividade e da utilidade da providência jurisdicional.

⁴⁷⁹ JAUERNIG, p. 139.

⁴⁸⁰ DOMINGOS, p. 136.

Antes de mais, deve ter-se em vista que a gestão somente pode ocorrer no curso do procedimento cognitivo, isto é, enquanto o processo está na primeira instância julgadora. Sem embargo, a espera pelo proferimento da decisão final, para que só então sejam adequados o pedido e a causa de pedir, frustra a finalidade da gerência material, eis que retarda ainda mais a realização da justiça e o acesso da parte ao bem da vida a que faz jus, tornando o processo menos efetivo e comprometendo, com isso, a sua utilidade.

Imagine-se um caso em que a parte autora, ao formular o pedido de pagamento de horas extras pela prorrogação habitual da sua jornada, omitiu-se quanto à supressão do intervalo para refeição e descanso, cuja violação fora demonstrada pelos registros de jornada acostados aos autos ré, sendo que o juiz de primeiro grau nada fez a respeito. Proferida a sentença, e contra ela interposto recurso, um julgador de segunda instância percebe a falha. Nessa hipótese, não seria mais viável o exercício da gestão, porquanto os autos teriam de retornar ao juízo de base, para que fosse oportunizada ao autor a emenda do seu petitório e, somente depois, se julgasse a ação novamente⁴⁸¹. Mais útil e efetivo, sem dúvidas, seria dar continuidade ao processamento do apelo e aguardar o ajuizamento de nova ação pelo trabalhador, com o pedido de pagamento das horas decorrentes da supressão do período intrajornada de repouso.

Em síntese, se a causa já foi julgada, o prejuízo que se verifica ao retomar a fase de conhecimento para gerir o pedido e a causa de pedir é muito mais significativo do que aquele observado com a propositura de uma nova demanda apenas para o fim específico não abordado na ação. Nesses casos, o primeiro processo já resolveu de modo potencialmente definitivo a lide, sendo inconveniente reabrir a possibilidade de discussão sobre o direito em primeiro grau.

Por fim, tem-se o problema da prescrição para os casos de gerência material nos quais, da formulação de um novo pedido, ou do acréscimo ou emenda do originário, resulte uma mudança na pretensão substantiva inicialmente deduzida pelo autor. Em situações tais, o demandante teve a oportunidade de requerer no tempo correto tudo o que lhe cabia, entretanto, por inércia – ainda que justificável – deixou de fazê-lo, sendo injusto permitir a prorrogação do prazo prescricional, com prejuízo à segurança jurídica, ou até mesmo imputar ao órgão julgador uma negligência no exercício da sua atividade supletiva.

⁴⁸¹ É diferente o caso dos poderes de inspeção e promoção, referidos no item 3.1 *supra*, os quais se compatibilizam tranquilamente com a segunda instância, até porque dizem respeito apenas à forma do procedimento recursal, sem adentrar a sua materialidade (REIS, 1933, P. 247).

O art. 323º, n.º 1, do CC/PT e, no Brasil, o enunciado 268 da súmula da jurisprudência dominante do TST, dispõem que o ajuizamento da ação é causa interruptiva da contagem do prazo prescricional de pretensões idênticas em seu conteúdo⁴⁸². Tal entendimento pode ser até alargado para abranger pretensões materialmente similares, ou pressupostas de alguma outra deduzida, mas jamais as que são substancialmente diversas. Assim, devem as partes e o juiz agir com diligência para evitar que a pretensão se torne inexigível, aquelas por meio da observância do regime prazal do pedido e da causa de pedir, e este pelo exercício contínuo e vigilante da gestão material do processo.

⁴⁸² Cfr., a esse respeito, o Ac. do TST de 23/04/2015, Rel. Min. João Oreste Dalazen, no bojo da RT nº. 102600-22.2005.5.10.0002. Ali, entendeu-se que “a ausência de identidade substancial dos pedidos – no sentido amplo da palavra, abrangida também a causa de pedir –, não tem o condão de interromper o curso dos prazos prescricionais”. No caso, a parte pleiteou o pagamento de indenização por danos morais e materiais decorrentes de doença ocupacional de origem muscular, sendo que em ação anterior o mesmo pleito tinha como fundamento a ocorrência de transtornos psíquicos em virtude do trabalho, o que revela a diversidade material das pretensões. Assim, o tribunal declarou a prescrição da última pretensão deduzida.

6 CONCLUSÃO

O caminho percorrido ao longo dos capítulos desta dissertação foi dedicado à construção de um raciocínio baseado em princípios, segundo o qual é legítima a atuação do juiz dirigida à consecução da justiça material, consistente na realização da normatividade jurídica vigente em um determinado espaço-tempo. Com efeito, o caráter instrumental do processo e a sua afetação a objetivos substanciais demanda a concessão ao julgador de instrumentos para o alcance destes, sob pena de restar frustrado o propósito para o qual a própria disciplina processual foi edificada.

Nessa perspectiva, o princípio dispositivo – classicamente compreendido como a manifestação, no processo, da liberdade individual de agir e do poder de disposição de direitos segundo a própria conveniência, concretizado pelos princípios do pedido e da congruência e pelo ônus de alegação dos fatos – tem a sua eficácia significativamente limitada, a fim de possibilitar ao magistrado uma intervenção pró-ativa na condução do procedimento, mitigando-se em larga medida a ideia de autorresponsabilidade das partes e, bem assim, a rigidez do regime preclusivo vigente. A igualdade meramente formal também cede espaço à material, motivo por que se passa a permitir ao próprio julgador a minoração da assimetria porventura existente entre os litigantes.

É no contexto sob análise que se multiplicam os poderes de condução atribuídos aos juízes, os quais assumem, em verdade, a natureza de *deveres*, porquanto é inafastável o comprometimento daquela figura com a satisfação do interesse público que subjaz ao processo. Acentuam-se as possibilidades de investigação oficiosa dos fatos e de ordenação de provas, para aproximar tanto quanto possível (já que o efetivo alcance não passa de uma utopia) o magistrado da verdade, tornando a sentença justa e legítima.

Cumpre salientar, no entanto, que o recrudescimento dos encargos judiciais não pode implicar, na prática, um exercício autoritário, impondo-se não apenas o respeito a todas as garantias dos litigantes, como a adoção de conduta ativa dirigida à sua realização sempre que forem postas em risco. Assim, o reforço da autoridade do magistrado, antes de representar perigo à integridade dos direitos dos jurisdicionados, constitui instrumento muitas vezes necessário à preservação destes.

A combinação entre incremento da intervenção do juiz e respeito às garantias das partes deu ensejo à instituição do modelo cooperativo de processo, no qual o magistrado

atua de modo diligente por intermédio dos deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio com vistas à mais adequada composição do litígio, assegurando a participação dos litigantes e, com isso, legitimando democraticamente a decisão final. Esse arquétipo de magistrado assume especial relevo diante do perfil de litigância hodierno, já que, face à proliferação de demandas que assoberbam o Poder Judiciário, não se pode mais relegar às partes a condução do procedimento.

Na sequência do princípio da cooperação, surge, mais recentemente, o dever de gestão do processo, fundado nos mesmos parâmetros de atuação do órgão julgador, e que pode ser exercido nas vertentes material e formal. Demanda-se, para tanto, uma mudança cultural dos próprios magistrados, na medida em que os instrumentos concedidos pela lei não terão serventia alguma se não forem utilizados no momento oportuno e da forma mais adequada para atingir os seus propósitos.

Pela gestão formal, defere-se ao juiz uma gama de mecanismos de flexibilização do procedimento para acelerá-lo e adequá-lo à matéria controvertida, como a imediação inicial, a calendarização e a adequação formal. A gerência material, de seu lado, envolve o objeto do processo (pedido e causa de pedir), permitindo que o magistrado, em diálogo perene com os litigantes, resolva o litígio da forma mais completa possível, convidando as partes ao aperfeiçoamento, alteração ou ampliação do pedido, bem como conhecendo oficiosamente os que lhe forem possíveis, ou convocando os que tenham sido qualificados de forma juridicamente equivocada; ou, ainda, estimulando-as a elastecerem a causa de pedir, e aproveitando fatos não alegados que surjam durante a instrução.

A aplicação do esquema de atuação do julgador civil no universo laboral requer, sem dúvida, a compreensão das características deste ramo, fundado essencialmente na ideia de compensação das desigualdades existentes entre as partes da relação jurídica de direito material. Com efeito, o princípio da proteção é o traço distintivo do Direito do Trabalho perante as demais áreas, e se justifica pela dependência econômica, subordinação jurídica e afetação pessoal do prestador de serviços, persistindo mesmo no contexto de precarização experimentado nas últimas décadas.

No plano processual, a hipossuficiência do trabalhador se mantém na medida em que possui menos capacidade para a contratação dos melhores profissionais para a defesa dos seus interesses em juízo; não é, usualmente, dotado de conhecimentos fundamentais que lhe possibilitem constatar a violação ou a ameaça de violação aos seus direitos; e,

ainda, experimenta dificuldades para produzir provas, nomeadamente a testemunhal, o que não ocorre com o seu adversário. Há, portanto, que se conceder, mais ainda no processo laboral do que no civil, meios ao juiz para que compense as desigualdades entre as partes.

Nesse ínterim, além da transposição das formas de gestão material originárias do processo civil para o do trabalho – o que se permite ante a evidente compatibilidade, no particular, deste ramo com as normas daquele –, deferem-se ao juiz outros mecanismos de gerência do *pedido* e da *causa de pedir*, nomeadamente no que concerne à ultrapassagem dos limites quantitativos e qualitativos do pedido fixados pelo autor, e ao aproveitamento de fatos não alegados e provados no curso da instrução, mesmo que deles resulte a formulação de novos pleitos. Não se pode, contudo, olvidar a necessidade de observância de limites no exercício da gestão, relativos à oportunização do contraditório; ao respeito à disponibilidade das partes sobre o objeto da demanda; à inconveniência de promovê-la após a conclusão da fase cognitiva; e à incidência do prazo prescricional para a dedução de novos pedidos.

Constitui, portanto, valioso instrumento de auxílio à composição materialmente justa de lides pelos tribunais, tanto na esfera processual civil quanto na do laboral, o dever de gestão material exercido pelo juiz. Por esse motivo, deve-se estimular a sua consagração nos ordenamentos jurídicos como um sinal dos novos tempos, em oposição a perspectivas estanques do processo, apegadas a formalismos que em nada contribuem para a efetividade e a utilidade da prestação jurisdicional.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRE, Isabel. Princípios gerais do processo do trabalho. *In Estudos do Instituto de Direito do Trabalho – Curso de Pós-Graduação em Direito do Trabalho*, vol. III, 2002, p. 389-442.
- ALMEIDA, Almiro Eduardo de; SEVERO, Valdete Souto. *Direito do trabalho: avesso da precarização*. São Paulo: LTr, vol. I, 2014.
- AMADO, João Leal. O papel da jurisprudência no preenchimento de conceitos laborais indeterminados: *in dubio pro operario*? *In Estudos do Instituto de Direito do Trabalho – Ciclo de conferências sobre processo do trabalho*, vol. VI, 2012, p. 219-229.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Noções Elementares de Processo Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, vol. I, 1963.
- ANDREWS, Neil. A New Civil Procedural Code for England: Party-Control “Going, Going, Gone”. *In Civil Justice Quarterly*, n.º 19, 2000, p. 19-38.
- _____. *Principles of Civil Procedure*. London: Sweet & Maxwell, 1994.
- AROCA, Juan Montero. *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.
- _____. Primeira Jornada Internacional sobre Processo Civil e Garantia – Moção de Valencia. *In Revista do CEJ*, n.º 4, 2006, p. 239-247.
- AVILÉS, Antonio Ojeda. *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*. Madrid: La Ley, 2010.
- BALESTERO, Gabriela Soares. Por uma reformulação processual: a comparticipação na construção do provimento jurisdicional, uma abordagem habermasiana e fazzalariana. *In Revista do Instituto de Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, ano 2, n.º 14, 2013, p. 16239-16259.
- BAPTISTA, Albino Mendes. *Código de Processo do Trabalho: anotado*. Lisboa: Quid Iuris, 2002.
- _____. *Introdução ao Direito Processual do Trabalho*. Lisboa: Quid Iuris, 2ª ed., 1999.
- BARBOSA, Bernardete de Lourdes Cordeiro. *A condenação extra vel ultra petitem no processo do trabalho*. 116 fl. Dissertação do 2º ciclo de Estudos em Direito em Ciências Jurídico-Empresariais, Menção Direito Laboral. Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, 2013.
- BIEDMA, Eduardo González. Principio de congruencia en el proceso de trabajo y derecho a la tutela judicial efectiva. *In Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 39, julho-setembro/1989, p. 403-433.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 3ª ed., 2010. Trad. por Denise Agostinetti.

BRONZE, Fernando José Couto Pinto. *Analogias*. Coimbra: Coimbra Editora, 1ª ed., 2012.

_____. *Lições de Introdução ao Direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 2ª ed. (reimpressão), 2010.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Flexibilização procedimental. In *Revista Eletrônica de Direito Processual*, ano 4, vol. VI, julho-dezembro/2010, p. 135-164. Disponível em: http://www.redp.com.br/arquivos/redp_6a_edicao.pdf. Acesso em: 16.07.2014.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 7ª ed., 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. Iniziative probatorie del giudice e basi pregiudiziche della struttura del processo. In *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XXII, 1967, p. 407-428.

CARLOS, Adelino da Palma. As partes no processo do trabalho. In *Curso de Direito Processual do Trabalho, Suplemento da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 1964, p. 89-123.

CASANOVA, J. F. de Salazar. A janela de oportunidade do Novo Código de Processo Civil. In *Julgar*, n.º 23, maio-agosto/2014a, p. 11-19.

_____. Poderes de cognição do juiz em matéria de facto. In *Revista do CEJ*, n.º 2014b, p. 7-32.

CENTENO, Mário. *O Trabalho, Uma Visão de Mercado*. Lisboa: FFMS, 2013.

CIPRIANI, Franco. El proceso civil entre viejas ideologías y nuevos eslóganes. In *Proceso Civil e Ideología* (coord. Juan Montero Aroca). Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, trad. por Eugenia Ariano Deho, p. 81-95.

_____. Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie. In *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano LVI, n.º 4, 2002, p. 1243-1262.

CORDEIRO, António Menezes. Anotação ao acórdão de 19 de fevereiro de 1991. In *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 51, julho/1991, p. 543-572.

CORSINI, Filippo. Le proposte di «privatizzazione» dell'attività istruttoria alla luce delle recenti vicende della «discovery» anglosassone. In *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano LVI, n.º 4, 2002, p. 1273-1303.

COUTURE, Eduardo Juan. *Introdução ao estudo do processo civil*. Lisboa: Jornal do Fôro, 1952, trad. por F. de Abranches Ferrão.

DEAKIN, Simon; WILKINSON, Frank. *The Law of the Labour Market – Industrialization, Employment and Legal Evolution*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

DEL CLARO, Roberto. *Direção Material do Processo*. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.

DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. São Paulo; LTR, 2ª ed., 2004.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Podivm, 13ª ed., vol. 1, 2011.

_____. *Editorial n.º 178. Emenda da inicial. Crítica a recente decisão do STJ. Possibilidade de emenda da inicial após o oferecimento da contestação, para corrigir inépcia*. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-178/>. Acesso em: 26.11.2013.

_____. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Wolters Kluwer, 2010.

DOMINGOS, Maria Adelaide. Poderes do juiz de trabalho na fixação da matéria de facto. *In Estudos do Instituto de Direito do Trabalho – Ciclo de conferências sobre processo do trabalho*, vol. VI, 2012, p. 131-137.

FARIA, Paulo Ramos de. *Regime Processual Civil Experimental: A gestão processual no processo declarativo comum experimental*. Braga: Cejur, 2009.

FARIA, Paulo Ramos de; LOUREIRO, Ana Luísa. *Primeiras Notas ao Novo Código de Processo Civil: os artigos da reforma*. Coimbra: Almedina, 2014, 2ª ed., vol. I, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Salvador: JusPodivm, 2013, 11ª ed., vol. 1.

FENECH, Miguel; CARRERAS, Jorge. *Estudios de Derecho Procesal*. Barcelona: Libreria Bosch, 1962.

FERNANDES, António Monteiro. *Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 16ª ed., 2012.

FERNÁNDEZ, Mª Dolores Santos. *El contrato de trabajo como límite al poder del empresario*. Albacete: Editorial Bomarzo, 2005.

FERREIRA, Alberto Leite. *Código de Processo do Trabalho: Anotado*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

FERREIRA, António Casimiro. *Sociedade da Austeridade e direito do trabalho de exceção*. Porto: Vida Económica, 2012.

FREITAS, José Lebre de. A igualdade de armas no direito processual civil português. *In O Direito*, ano 124, n.º 4, outubro-dezembro/1992, p. 617-627.

_____. *Ampliação do pedido em consequência ou desenvolvimento do pedido primitivo*. *In Em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral* (org.

Augusto de Athayde, João Caupers e Maria da Glória Garcia). Coimbra: Almedina, 2010, p. 1297-1308.

_____. *Introdução ao Processo Civil: Conceito e princípios gerais à luz do novo Código*. Coimbra: Coimbra Editora, 3ª ed., 2013a.

_____. Sobre o novo Código de Processo Civil (uma visão de fora). In *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 73, n.º 1, janeiro-março/2013b, p. 23-61.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Contratos – Teoria Geral*. São Paulo: Saraiva, 2010, 6ª ed., vol. IV, tomo I.

GALINDO, Máira Coelho Torres. *Princípio da cooperação: dever de consulta e proibição das decisões-surpresa*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014.

GOMES, Júlio. *Direito do Trabalho: Relações Individuais Laborais*. Coimbra: Almedina, vol. I, 2007.

GOTTWALD, Peter. Civil Justice Reform: Access, Cost, and Expedition. The German Perspective. In *Civil Justice in Crisis* (org. Adrian A. S. Zuckermann). Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 207-234.

_____. Civil Procedure in German after the Reform Act of 2001. In *Civil Justice Quarterly*, n.º 23, 2004, p. 338-353.

GOUVEIA, Lucio Grassi. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. In *Revista Dialética de Direito Processual*, n.º 6, 2003, p. 47-59.

GOUVEIA, Mariana França. O princípio dispositivo e a alegação de factos em processo civil: a incessante procura da flexibilidade processual. In *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 73, n.º 2/3, abril-setembro/2013, p. 595-617.

_____. Os poderes do juiz cível na acção declarativa: em defesa de um processo civil ao serviço do cidadão. In *Julgar*, n.º 1, janeiro-abril/2007, p. 47-65.

_____. *Regime processual experimental: anotado*. Coimbra: Almedina, 2006.

HABSCHEID, Walter J. A Função Social do Processo Civil Moderno e o Papel do Juiz e das Partes na Direcção e Instrução do Processo (Direitos Alemão e Suíço). In *Scientia Iuridica*, tomo XLI, n.º 235-237, janeiro-junho/1992, p. 123-127.

HAZARD Jr., Geoffrey C. From Whom No Secrets Are Hid. In *Texas Law Review*, vol. 76, 1998, Issue 7, p. 1665-1694.

HOFFMANN, Fernando. *O princípio da proteção ao trabalhador e a atualidade brasileira*. São Paulo: LTr, 2003.

JAUERNIG, Othmar. *Direito Processual Civil*. Coimbra: Almedina, 2002. Trad. da 25ª ed. por F. Silveira Ramos.

JOLOWICZ, John Anthony. Lo studio del diritto processuale civile in Inghilterra: perché così scarno e così in ritardo? *In Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano LII, n.º 3, 1998, p. 871-886.

_____. On the nature and purposes of civil procedural law. *In Civil Justice Quarterly*, n.º 9, 1990, p. 262-279.

_____. The Woolf Report and the adversary system. *In Civil Justice Quarterly*, n.º 15, 1996, p. 198-210.

JORGE, Mário Helton. A garantia da imparcialidade do órgão jurisdicional e as hipóteses de aparente parcialidade. *In Revista dos Tribunais*, vol. XCV, n.º 122, 2005, p. 56-68.

JORGE, Nuno de Lemos. Os poderes instrutórios do juiz: alguns problemas. *In Julgar*, n.º 3, Setembro-dezembro/2007, p. 61-84.

JUNOY, Joan Picó i. El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado. *In Proceso Civil e Ideología* (coord. Juan Montero Aroca). Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 109-127.

KESSLER, Amalia D. Our Inquisitorial Tradition: Equity Procedure, Due Process, and the Search for an Alternative to the Adversarial. *In Cornell Law Review*, vol. 90, 2005, Issue 5, p. 1181-1275.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991. Trad. da 6ª ed. Alemã por José Lamego.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. A precariedade: um novo paradigma laboral? *In Para Jorge Leite: Escritos Jurídico-Laborais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 455-467.

LEITE, Jorge. *Direito do Trabalho*. Coimbra: Serviços de Ação Social da Universidade de Coimbra, 2004.

LEUBSDORF, John. The Myth of Civil Procedure Reform. *In Civil Justice in Crisis* (org. Adrian A. S. Zuckermann). Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 53-67.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Fondamento del principio dispositivo. *In Rivista di Diritto Processuale*, vol. XV, 1960, p. 551-565.

MACHADO, António Montalvão. *O novo processo civil*. Coimbra: Almedina, 12ª ed., 2011.

MACHADO, António Montalvão; PIMENTA, Paulo. *O dispositivo e os poderes do Tribunal à luz do novo Código de Processo Civil*. Coimbra: Almedina, 2ª ed., 2001.

MARCUS, Richard L. Malaise of the Litigation Superpower. *In Civil Justice in Crisis* (org. Adrian A. S. Zuckermann). Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 71-116.

MARINONI, Luiz Guilherme. As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação da tutela jurisdicional efetiva. *In Revista de Direito Processual Civil*, nº 29, julho-setembro/2003, p. 548-564.

_____. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 7ª ed., 2013.

MARQUES, João Paulo Remédio. *Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*. Coimbra: Coimbra Editora, 3ª ed., 2011.

MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 6ª ed., 2013.

MATOS, José Igreja. A gestão processual: um radical regresso às raízes. *In Julgar*, nº 10, janeiro-abril/2010, p. 123-137.

_____. O juiz e o processo civil (contributo para um debate necessário). *In Julgar*, nº 2, maio-agosto/2007, p. 87-106.

MELGAR, Alfredo Montoya. *Curso de procedimiento laboral*. Madrid: Tecnos, 6 ed., 2001.

MENDES, João de Castro. *Direito Processual Civil*. Lisboa: Associação Acadêmica, vol. I, 1980a.

_____. *Direito Processual Civil*. Lisboa: Associação Acadêmica, vol. II, 1980b.

_____. Pedido e causa de pedir no processo do trabalho. *In Curso de Direito Processual do Trabalho*, Suplemento da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1964, p. 125-137.

MENDONÇA, Luís Correia de. Vírus autoritário e processo civil. *In Julgar*, nº 1, janeiro-abril/2007, p. 67-98.

MESQUITA, Luís Miguel de Andrade. A flexibilização do princípio do pedido à luz do moderno processo Civil: Anotação ao Acórdão da Relação do Porto de 8/07/2010. *In Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 143, nº 3983, novembro-dezembro/2013, p. 129-151.

MESQUITA, José António. Princípios gerais do direito processual do trabalho. *In Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano XLVII (XX da 2ª série), nº 3 e 4, julho-dezembro/2006, p. 209-219.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*. São Paulo: RT, 2ª ed., 2011.

MONCADA, Luís Cabral de. O Processo perante a Filosofia do direito. *In Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, suplemento 15, vol. I, 1961, p. 55-100.

MONTELEONE, Girolamo. El actual debate sobre las «orientaciones publicísticas» del proceso civil. *In Proceso Civil e Ideología* (coord. Juan Montero Aroca). Valencia: Tirant lo Blanch, 2006a, trad. por José Luis Gabriel Rivera, p. 173-197.

_____. Principio e ideologías del proceso civil. Impresiones de un “revisionista”. In *Proceso Civil e Ideología* (coord. Juan Montero Aroca). Valencia: Tirant lo Blanch, 2006b, trad. por Eugenia Ariano Deho, p. 97-107.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A influência do processo civil alemão em Portugal e no Brasil. In *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 51, n.º 1, abril/1991, p. 29-44.

_____. Correlação entre o pedido e a sentença. In *Revista de Processo*, vol. XXI, n.º 83, julho-setembro/1996, p. 207-215.

_____. Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo. In *Cadernos de Direito Privado*, n.º 7, julho-setembro/2004, p. 3-10.

_____. O neoprivatismo no processo civil. In *Cadernos de Direito Privado*, n.º 10, abril-junho/2005, p. 3-12.

NETO, Abílio. *Código de Processo Civil Anotado*. Lisboa: Ediforum, 14ª ed., 1997.

_____. *Código de Processo do Trabalho Anotado*. Lisboa: Ediforum, 4ª ed., 2010.

NEVES, António Castanheira. *Digesta: Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Coimbra: Coimbra Editora, vol. 2, 1ª ed. (reimpressão), 2010a.

_____. *Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

_____. *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*. Coimbra: Coimbra Editora, 1ª ed. (reimpressão), 2010b.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, n.º 27, 2003.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. *(Re)pensando o princípio da proteção na contemporaneidade*. São Paulo: LTr, 2009.

PADILHA, Norma Sueli. O princípio protetor e a nova hermenêutica constitucional. In *Princípios de direito e processo do trabalho: questões atuais* (coord. Thereza Nahas). Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015.

PINHEIRO, Paulo Sousa. A condenação *extra vel ultra petitem* no Código de Processo do Trabalho. In *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, n.º 12, 2007, p. 211-234.

_____. *Curso breve de direito processual do trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2ª ed., 2014.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Da Autonomia Dogmática do Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. *Direito do Trabalho: Dogmática Geral*. Coimbra: Almedina, vol. I, 2ª ed., 2009.

RAMOS, José Luís Bonifácio. Questões relativas à reforma do Código de Processo Civil. *In Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Lebre de Freitas*. Coimbra: Coimbra Editora, vol. I, 2013, p. 917-956.

REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do. O princípio do dispositivo e os poderes de convalidação do juiz no momento da sentença. *In Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Lebre de Freitas*. Coimbra: Coimbra Editora, vol. I, 2013, p. 781-810.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Coimbra: Almedina, vol. I, 2ª ed., 2004.

REIS, José Alberto dos. *Breve estudo sobre a reforma do processo civil e comercial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2ª ed., 1933.

_____. *Comentário ao Código de Processo Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, vol. 3º, 1946.

ROMITA, Arion Sayão. *O princípio da proteção em xeque e outros ensaios*. São Paulo: LTr, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel L.; PEDRODO, João; FERREIRA, Pedro Lopes. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*. Porto: Afrontamento, 1996.

SANTOS, Moacyr Amaral. Contra o processo autoritário. *In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, volume LIV, fascículo II, 1959, p. 212-229.

SCHÖNKE, Adolf. Limites de la prueba en el derecho procesal. *In Revista de Derecho Procesal*, ano XI, n.º 3, julho-agosto/1955, trad. por Ernesto Rohrbach Rojí, p. 373-378.

SCHWARZER, William W.; HIRSCH, Alan. *The Elements of Case Management: A Pocket Guide for Judges*. Washington: Federal Judicial Center, 2ª ed., 2006.

SEBASTIÃO, Nuno J. S. *A condenação além do pedido no Código de Processo do Trabalho: seu sentido e limites*. Coimbra: Almedina, 1983.

SILVA, José Maria Rodrigues da. *O processo do trabalho – princípios e perspectivas*. *In Revista Jurídica de Macau*, vol. II, n.º 3, setembro-dezembro/1995, p. 87-100.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1ª ed., 2006.

SOUSA, Miguel Teixeira de. Algumas questões sobre o ónus de alegação e de impugnação em processo civil. *In Scientia Iuridica*, tomo LXII, n.º 332, maio-agosto/2013a, p. 395-412.

_____. Apontamentos sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil. *In Cadernos de Direito Privado*, n.º 43, julho-setembro/2013b, p. 10-14.

_____. *Estudos sobre o novo processo civil*. Lisboa: Lex, 2ª ed., 1997.

_____. *Introdução ao Processo Civil*. Lisboa: Lex, 2ª ed., 2000.

STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 3ª ed., 2012.

TARUFFO, Michele. Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa. In *La Prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008, trad. por Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán, p. 159-183.

TERRIN, Kátia A. Pastori; OLIVEIRA, Lourival José de. Da prevalência do valor do trabalho humano na integração dos sistemas processuais. In *Scientia Iuris*, n.º 14, 2010, p. 221-233.

VALVERDE, Antonio Martín; GUTIÉRREZ, Fermín Rodríguez-Sañudo; MURCIA, Joaquín García. *Derecho del Trabajo*. Madrid: Tecnos, 18ª ed., 2009.

VARELA, João de Matos Antunes. A reforma do processo civil português – Principais inovações na estrutura do processo declaratório ordinário. In *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 130, n.º 3880, 1997, p. 194-199.

VASCONCELOS, Joana. Condenação *extra vel ultra petitem* – um mecanismo ultrapassado? In *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho – Ciclo de conferências sobre processo do trabalho*, vol. VI, 2012, p. 191-204.

VAZ, Alexandre Mário Pessoa. *Atendibilidade de factos não alegados (Estudo de jurisprudência crítica)*. Coimbra: Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. XIX-XXI, 1946.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento. In *Proceso Civil e Ideología* (coord. Juan Montero Aroca). Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 217-247.

VENTURA, Raul. Princípios gerais de direito processual do trabalho. In *Curso de Direito Processual do Trabalho, Suplemento da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 1964, p. 31-50.

VERDE, Giovanni. Las ideologías del proceso en un reciente ensayo. In *Proceso Civil e Ideología* (coord. Juan Montero Aroca). Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 67-80.

VINCENZI, Brunela Vieira de. *A Boa-Fé no Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2003.

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. *Manual de Direito do Trabalho*. Lisboa: Babel, 2011.

_____; MARTINS, Pedro Furtado. A transacção em Direito do Trabalho: direitos indisponíveis, direitos inderrogáveis e direitos irrenunciáveis. In *Liberdade e compromisso: estudos dedicados ao Professor Mário Fernando de Campos Pinto*. Lisboa: Universidade Católica Editora, vol. II, 2009, p. 443-497.

ZUCKERMAN, Adrian A. S. Dismissal for delay – the emergence of a new philosophy of procedure. *In Civil Justice Quarterly*, n.º 17, 1998, p. 223-229.